

Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003

Die Telekom-Control-Kommission hat durch Dr. Eckhard Hermann als Vorsitzenden sowie durch Dr. Erhard Fürst und Univ. Prof. DI Dr. Gottfried Magerl als weitere Mitglieder in der Sitzung vom 6.9.2004 nach amtswegiger Einleitung des Verfahrens M 15e/03 einstimmig folgenden

Bescheid

beschlossen:

I. Spruch

1. Gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 wird festgestellt, dass Hutchison 3G Austria GmbH auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“ iSd § 1 Z 15 Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 über beträchtliche Marktmacht verfügt.

2. Hutchison 3G Austria GmbH werden gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 folgende spezifische Verpflichtungen auferlegt:

2.1. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf die Qualität der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie sich selber, verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

2.2. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 TKG 2003 in Bezug auf den Preis der Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ dieselben Bedingungen anderen Betreibern anzubieten, die sie verbundenen oder anderen Unternehmen bereitstellt.

2.3. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 38 Abs. 3 TKG 2003 ein Standardangebot betreffend „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ binnen zwei Monaten nach Rechtskraft dieses Bescheides zu veröffentlichen, das folgende Mindestinhalte aufzuweisen hat:

- Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen
- Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen
- Verkehrsarten und Entgelte
- Regelungen betreffend Notrufe
- Regelungen betreffend private Netze
- Regelungen betreffend personenbezogene Dienste
- Regelungen betreffend sonstiger Dienste (Telefonstörungsannahmestellen, Telefonauskunftsdienste, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, besondere Rufnummern im öffentlichen Interesse sowie die Rufnummern 120 und 123)

2.4. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 die (direkte und indirekte) Zusammenschaltung mit ihrem öffentlichen Mobiltelefonnetz betreffend die Leistung „Terminierung in ihr Mobiltelefonnetz“ mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze auf Nachfrage zu gewährleisten.

2.5. Hutchison 3G Austria GmbH hat gemäß § 42 TKG 2003 für die Zusammenschaltungsleistung „Terminierung in ihr öffentliches Mobiltelefonnetz“ ein Entgelt zu verrechnen, das sich an langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten eines effizienten Betreibers iSv „LRAIC“ („Long Run Average Incremental Cost“) orientiert.

II. Begründung

A. Verfahrensablauf

Mit Beschluss der Telekom-Control-Kommission vom 20.10.2003 wurde ein Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 zu M 15/03 amtswegig eingeleitet.

Darüber hinaus wurden Dr. Stefan Felder, Dr. Po-Wen Liu, Mag. Reinhard Neubauer, Mag. Paul Pisjak sowie DI Dietmar Zlabinger gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, ob auf dem Vorleistungsmarkt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ gemäß § 1 Z 15 TKMVO 2003 aus wirtschaftlicher Sicht Wettbewerb herrscht bzw. ob ohne Regulierung aus wirtschaftlicher Sicht selbsttragender Wettbewerb vorläge.

Dabei waren auch jene Faktoren und Wettbewerbsprobleme zu identifizieren, die einem solchen gegebenenfalls entgegenstehen. In diesem Zusammenhang war das Vorliegen ökonomischer Marktmacht zu untersuchen, wobei insbesondere die Kriterien des § 35 Abs. 2 und 4 TKG 2003 nach Maßgabe ihrer Relevanz für den betreffenden Markt zu berücksichtigen waren.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) am 20.10.2003 ersucht, die für die Gutachtenserstellung erforderlichen Daten in Abstimmung mit den Amtssachverständigen bezuschaffen. Die RTR-GmbH hat sohin ein Verfahren zu VBAF 2003 eingeleitet, die erforderlichen Daten erhoben und den Amtssachverständigen für die Gutachtenserstellung übermittelt.

Anfang Mai 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission auftragsgemäß ein wirtschaftliches Gutachten übermittelt (ON 14).

Auf der Grundlage dieses wirtschaftlichen Gutachtens hat die Telekom-Control-Kommission den Beschluss gefasst, dass (auch) Hutchison 3G Austria GmbH (im Folgenden Hutchison oder H3G) auf dem (eigenen) Vorleistungsmarkt Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz (vorläufig) über beträchtliche Marktmacht gemäß §§ 35, 37 TKG 2003 verfügt.

Weiters hat die Telekom-Control-Kommission beschlossen, Hutchison gemäß § 37 Abs. 5 TKG 2003 Parteistellung in Bezug auf den Markt Terminierung in das individuelle öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison einzuräumen; es wurde Hutchison sohin das wirtschaftliche Gutachten der Amtssachverständigen im Verfahren M 15/03 vom Mai 2004 übermittelt und Gelegenheit eingeräumt, zu den den Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison“ betreffenden Ausführungen Stellung zu nehmen.

Darüber hinaus hat die Telekom-Control-Kommission Dr. Stefan Felder, Dr. Po-Wen Liu, Dr. Martin Lukanowicz, Mag. Reinhard Neubauer und Mag. Paul Pisjak gemäß § 52 Abs. 1 AVG zu Amtssachverständigen bestellt und mit der Erstellung eines wirtschaftlichen Gutachtens zur Frage beauftragt, welche spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 bis 46 und bzw. oder § 47 Abs. 1 TKG 2003 für das potentiell marktmächtige Unternehmen Hutchison 3G Austria GmbH aus ökonomischer Sicht geeignet wären, den im Erstgutachten vom Mai 2004 („Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 14/03, M 15/03“) aufgezeigten Wettbewerbsproblemen auf dem Markt für „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetze“ zu begegnen.

Dabei war eine qualitative Bewertung der Auswirkungen geeigneter spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen und ihr Beitrag zur Förderung effektiven Wettbewerbs bzw. zur Beschränkung der Auswirkungen der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu erörtern.“

Am 1.6.2004 übermittelte Hutchison eine Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten (ON 30).

Im Juli 2004 haben die Amtssachverständigen der Telekom-Control-Kommission das Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente übermittelt.

Mit Beschluss vom 19.7.2004 hat die Telekom-Control-Kommission das bisher unter M 15/03 geführte Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 betreffend die Märkte „Terminierung in individuelle öffentliche Mobiltelefonnetze“ gemäß § 39 Abs. 2 AVG in betreiberindividuelle Verfahren getrennt. Das Verfahren betreffend den Terminierungsmarkt der Hutchison wurde sodann unter der GZ M 15e/03 weiter geführt.

Weiters wurde Hutchison das wirtschaftliche Gutachten bezüglich Regulierungsinstrumente betreffend den Terminierungsmarkt der Hutchison zur Kenntnis- und Stellungnahme übermittelt. Weiters wurde Hutchison im gegenständlichen Verfahren das Dokument „*ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework*“ zugestellt.

Am 16.8.2004 fand eine mündliche Anhörung im Beisein der Amtssachverständigen statt (M 15e/03-6), in deren Rahmen Hutchison zwei Präsentationsfolien ausgeteilt hat.

Am 18.8.2004 langte eine Stellungnahme von Hutchison zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente ein (ON 9). Im Rahmen dieses Schriftsatzes stellt Hutchison den Antrag, „*die Telekom-Control-Kommission möge der Empfehlung der Gutachter im wirtschaftlichen Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren zu GZ M 15e/03 (Terminierung im Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G) betreffend Regulierungsinstrumente nicht folgen und für die Regulierung des Marktes für die Terminierung im Mobiltelefonnetz der H3G vorerst keine Maßnahmen anordnen; in eventu für die Regulierung des Marktes für die Terminierung im Mobiltelefonnetz der H3G vorerst lediglich das Regulierungsinstrument der Transparenzverpflichtung anordnen*“.

B. Festgestellter Sachverhalt

1. Zur Abgrenzung des Marktes „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen (Vorleistungsmarkt)“

Die am 17.10.2003 in Kraft getretene Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) definiert in ihrem § 1 Z 15 diesen Markt wie folgt:

„Dieser Markt entspricht Markt Nr. 16 der Märkteempfehlung der Europäischen Kommission.

Terminierung stellt eine Vorleistung dar, die darin besteht, dass Anrufe über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle zum angewählten Mobiltelefonanschluss zugestellt werden. Die Nachfrage nach Terminierung seitens eines Kommunikationsnetzbetreibers auf der Vorleistungsebene ist von der Nachfrage des Teilnehmers auf der Endkundenebene abgeleitet: Jeder Teilnehmer eines Kommunikationsnetzbetreibers benötigt zur Durchführung eines Anrufes zu einem anderen

Teilnehmer – gleichgültig, ob dieser beim selben oder bei einem anderen Kommunikationsnetzbetreiber angeschlossen ist – Anrufzustellung als Vorleistung.

Mobiltelefonnetzbetreiber erbringen innerhalb jeder netzinternen Verbindung eine Terminierungsleistung an sich selbst, auch dann, wenn der terminierende Verkehr nicht über eine mit anderen Netzen zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle bis zum Netzabschlusspunkt geführt wird.

Dies ist jeweils unabhängig davon, ob die Terminierung als Vorleistungsbestandteil eines Endkundenprodukts dem eigenen Kommunikationsdienstbetreiber oder einem Dritten angeboten wird.

Da diese Vorleistung durch keinen anderen Anbieter erbracht werden kann als durch den, an dessen Netz der Teilnehmer angeschaltet ist und die Terminierungsentgelte bereits auf Grund des Calling-Party-Pays-Prinzips keine hinreichende Berücksichtigung bei der Auswahl des Netzes finden, handelt es sich um betreiberindividuelle Terminierungsmärkte. Der Markt umfasst nicht die Zustellung von SMS, da SMS und mobile Sprachdienste nicht zwangsläufig als Bündelprodukt nachgefragt werden und die Zustellung von SMS im Gegensatz zu mobilen Sprachdiensten nicht zeitkritisch ist.“

Die Marktdefinition steht in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (vgl. Ziffer 16 des Anhangs).

2. Zum Markt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“

Entsprechend der TKMVO 2003 handelt es sich um einen betreiberindividuellen Markt für Terminierung, der die Terminierung von mobilen Sprachdiensten (nicht aber von SMS-Diensten) in das Netz des jeweiligen – den Markt konstituierenden – Betreibers, der Verfahrenspartei, umfasst.

Dem Markt zugehörig sind die Leistungen der Zustellung von Anrufen über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle (GMSC) zum angewählten Mobiltelefon inklusive der Zusammenschaltungsleistung, die für Kunden eines Wiederverkäufers erbracht werden (IC-Terminierung) sowie Terminierungsleistung, die im Rahmen eines netzinternen Gesprächs anfällt (Netzinterne Terminierung).

Terminierung, sohin die Weiterleitung zu einem Teilnehmernetz bzw. die Zustellung von Anrufen, in Mobilfunknetzen ist eine Zusammenschaltungsleistung und dient der Sicherstellung der wechselseitigen Erreichbarkeit von Teilnehmern im eigenen Netz und über Netzgrenzen hinweg.

Die Terminierungsleistung ist – da sie von Netzbetreibern und nicht von Endkunden nachgefragt wird – eine Vorleistung, für die der nachfragende Netzbetreiber ein Entgelt (Terminierungsentgelt) an den Anbieter entrichtet. Die Nachfrage nach Terminierung auf der Vorleistungsebene ist von der Nachfrage des Teilnehmers auf Endkundenebene abgeleitet: Jeder Teilnehmer eines Netzbetreibers benötigt zur Durchführung eines Anrufes zu einem anderen Teilnehmer – gleichgültig, ob dieser beim selben oder bei einem anderen Kommunikationsnetzbetreiber angeschlossen ist – Anrufzustellung als Vorleistung.

Der die Leistung – direkt oder indirekt – nachfragende Quellnetzbetreiber stellt das Terminierungsentgelt wiederum dem rufenden Teilnehmer im Rahmen der Endkundentarife in Rechnung. Bei diesem als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichneten Abrechnungsprinzip trägt – im Gegensatz zum *Receiving-Party-Pays-Prinzip* (RPP) – der Anrufende die gesamten Kosten eines Anrufs; der Angerufene trägt keine Kosten. In

Österreich wird dieses Prinzip – wie auch in anderen europäischen Ländern – von allen Betreibern angewendet.

Die Verfahrenspartei betreibt ein öffentliches Mobiltelefonnetz, in welches terminiert wird.

3. Zur Analyse des Marktes „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen sind Monopolmärkte (§ 1 Z 15 TKMVO 2003 sowie Ziffer 16 des Anhangs der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors).

Es folgt daraus, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Da jeder neu in den Mobilfunksektor einsteigende Mobilfunkbetreiber für sich einen neuen betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert, ist das Vorliegen einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung auf dem Terminierungsmarkt nicht möglich.

Weiters wird die Untersuchung einer alleinmarktbeherrschenden Stellung durch die vorgegebene Marktdefinition und auch die Tatsache, dass es in der Vergangenheit auf dem gegenständlichen Markt Eingriffe der Regulierungsbehörde gegeben hat (Verfahren gemäß § 41 TKG [1997]), auf wenige Kriterien iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 reduziert.

3.1. Markteintrittsbarrieren

Im Falle der Terminierung sind die Markteintrittsbarrieren (auf Grund der gegebenen Marktabgrenzung) unendlich hoch und potenzieller Wettbewerb ist nicht vorhanden. Die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen für die Struktur der bestehenden (Monopol-)Terminierungsmärkte und konstituiert wiederum einen eigenen Markt. Aus diesem Grund erübrigt sich für die Terminierungsmärkte eine weiterführende Analyse der Markteintrittsbarrieren.

3.2. Marktanteile und Größenverhältnis

Die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen sind auf Grund der Marktdefinition Monopolmärkte, die relativen Marktanteile liegen daher konstant bei 100%.

Unterschiede – wenn auch nur eingeschränkt relevant für die Beurteilung der Wettbewerbssituation – gibt es in der absoluten Größe der jeweiligen betreiberindividuellen Terminierungsmärkte. Eine Untersuchung derselben (Marktanalyse-Gutachten, Seite 82) auf Basis der Gesprächsminuten (*Minutes of use*) zeigt, dass es in den letzten beiden Jahren nach wie vor ein moderates Wachstum (11 bzw. 13% p.a.) gegeben hat. Die Größen der einzelnen Terminierungsmärkte sind stark unterschiedlich und entsprechen im Wesentlichen den Marktanteilen am Endkundenmarkt. Die Größenunterschiede lassen allerdings aus ökonomischer Sicht keine Schlussfolgerung in Bezug auf Marktmacht zu, da auf seinem individuellen Terminierungsmarkt jeder Betreiber ein Monopolanbieter ist und daher einen Marktanteil von 100% hat. Sofern relevant wurden Größenverhältnisse im Kontext der nachfrageseitigen Gegenmacht untersucht.

Ebenso wenig relevant (und daher einer eingehenden Analyse entzogen) sind die weiteren SMP-Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potentiell alleinmarktmächtigen Unternehmens zu seinen (stärksten) Mitkonkurrenten auf dem betroffenen Markt abstellen. Dies betrifft folgende SMP-Indikatoren: Technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der

Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Zugang zu Finanzmitteln und die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur.

3.3. Nachfrage- und Angebotselastizitäten, Ausmaß an Produktdifferenzierung

Solange es keine hinreichenden Substitute für die (betreiberindividuelle) Terminierungsleistung gibt, sind auch die Indikatoren Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie Ausmaß an Produktdifferenzierung nicht relevant.

3.4. Preissetzung, Bündelung

Die Mobilfunkterminierungsleistung wird in Österreich mit 1999 beginnend – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG [1997] – reguliert. Damit sind den Unternehmen die üblicherweise im Kontext „*Marktverhalten*“ zu analysierenden Wettbewerbsparameter wie Preissetzung oder Bündelung weitgehend entzogen, sodass deren Analyse auf Basis einer *Ex-post-Betrachtung* lediglich Aussagen über die Regulierungstätigkeit nicht aber über das Marktverhalten der Unternehmen zu Tag fördern würde. Senkungen der Mobilterminierungsentgelte wurden in der Regel regulatorisch vorgenommen, lediglich in zwei Fällen wurde eine Senkung freiwillig vorgenommen.

Aus diesem Grund ist eine *Ex-ante-Betrachtung* anzustellen, die der Frage nachgeht, wie die Unternehmen die Terminierungsentgelte in einem regulierungsfreien Raum setzen würden (so genannter „*Greenfield-Ansatz*“): Eine solche Analyse stützt sich in erster Linie auf die Anreizstrukturen der betroffenen Unternehmen; d.h. es wird untersucht, wie ein gewinnmaximierendes Unternehmen die Terminierungsentgelte bei Abwesenheit von Regulierung (bzw. Regulierungsandrohung) vor dem Hintergrund der strukturellen Besonderheiten dieser Leistung setzen würde (vgl. dazu im Detail das nachfolgende Kapitel).

3.5. Strukturelle Besonderheiten

Die Mobilfunkterminierungsleistung ist durch zwei strukturelle Besonderheiten charakterisiert:

- Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten mobilen Endgerät (Teilnehmer) ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopolleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden. Dies ergibt sich bereits aus der Marktdefinition gemäß TKMVO 2003.
- Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Mobilfunkteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer (im Inland) fallen keine Kosten an. Dieses als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichnete Tarifsystem ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche an ihn zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet) trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten trägt aber der rufende Teilnehmer.

Auf Grund dieser beiden Besonderheiten ist der Betreiber nicht Preisnehmer, sondern hat einen (Monopol-)Preissetzungsspielraum in Bezug auf die Zustellung von Gesprächen an seine Teilnehmer. Inwieweit er diesen Preissetzungsspielraum tatsächlich nutzen kann, hängt nicht zuletzt auch von der nachfrageseitigen Verhandlungsmacht ab (vgl. das nachfolgende Kapitel). Wie er ihn nutzen wird, hängt von der Anreizstruktur ab.

Für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung wie auch für die gegebenenfalls aufzuerlegenden Regulierungsmaßnahmen ist es daher von Bedeutung, welche konkreten

Marktfehler (und wohlfahrtsökonomische Implikationen) in Zusammenhang mit einer unregulierten Mobilterminierungsleistung vor dem Hintergrund der Anreizstruktur der Unternehmen und der Wechselwirkung der Terminierungsmärkte mit anderen (kompetitiven) Märkten (insbesondere den Endkundenmärkten) aus ökonomischer Sicht – unter Zugrundelegung einer ex-ante-Betrachtung – zu erwarten sein würden. So wird sich ein Anbieter von Mobilterminierungsleistung gegenüber einem unmittelbaren Konkurrenten anders verhalten (bzw. einen Anreiz haben sich anders zu verhalten), als gegenüber einem (reinen) Festnetzbetreiber, mit dem er nicht unmittelbar im Wettbewerb steht. Aus diesem Grund wird im Folgenden eine Unterscheidung getroffen, zwischen:

- Marktfehlern in Zusammenhang mit Gesprächen vom Festnetz ins Mobilnetz (Fest-Mobil-Zusammenschaltung)
- Marktfehlern in Zusammenhang mit Gesprächen zwischen Mobilnetzen (Mobil-Mobil-Zusammenschaltung)

3.5.1. Fest-Mobil-Zusammenschaltung

Da – zumindest derzeit – nur eingeschränkt Substitutionsbeziehungen zwischen Festnetz- und Mobilnetztelefonie existieren (und eben nicht Fest- und Mobil-Produkte Teil eines – relevanten – Marktes auf der Endkundenebene bilden), gibt es keinen (oder wenig) direkten Wettbewerb zwischen reinen Mobilfunk- und reinen Festnetzbetreibern. Damit treten *Foreclosure-Strategien* in den Hintergrund und der wesentlichste Anreiz für die Preissetzung resultiert aus dem Kalkül, die Margen der Terminierungsleistung zu maximieren. Ein profitmaximierender Mobilnetzbetreiber wird aus ökonomischer Sicht die Terminierungsentgelte – sollte er nicht durch nachfrageseitige Verhandlungsmacht diszipliniert werden – auf Höhe des Monopolpreises setzen und zwar unabhängig davon, wie kompetitiv der Mobilfunkendkundenmarkt ist. Damit übt der Mobilfunknetzbetreiber Marktmacht in Form überhöhter Terminierungsentgelte aus. Die Marktmacht ist grundsätzlich auch unabhängig von der Größe des Netzwerks. Unter bestimmten Voraussetzungen haben – insbesondere kleinere – Netzbetreiber sogar einen Anreiz, Entgelte über dem Monopolpreis zu setzen: Wenn nämlich die Festnetzbetreiber ihrerseits Unterschiede in den Terminierungsentgelten nicht in den Endkundertarifstrukturen abbilden bzw. die Endkunden nicht preissensitiv in Bezug auf Anrufe in unterschiedlich „teure“ Mobilfunknetze reagieren (können). In diesen Fällen treffen die Konsumenten (Festnetzteilnehmer) ihre Mengenentscheidung auf Basis eines (wahrgenommenen) „Durchschnittspreises für Anrufe in Mobilnetze“. Damit ist aber die Verbindung zwischen Terminierungsentgelt und nachgefragter Menge gebrochen und insbesondere kleinere Betreiber haben noch einen zusätzlichen Anreiz, hohe – sogar über den Monopolpreis hinausgehende – Entgelte zu setzen („*Free-rider-Problem*“). Für größere Netzbetreiber ist dieser Anreiz auf Grund des überdurchschnittlichen Einflusses der eigenen Terminierungsentgelte auf den (wahrgenommenen) „Durchschnittspreis“ geringer.

Da die Mobilterminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur eines Festnetzbetreibers haben, führen überhöhte Terminierungsentgelte zu überhöhten Preisen für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze. Wesentlich dabei ist, dass die damit verbundenen allokativen Verzerrungen (Wohlfahrtsverluste¹) auch auftreten, wenn der Wettbewerb am Mobilfunkendkundenmarkt intensiv ist. Diese Wohlfahrtsverluste könnten noch zusätzlich durch ein Wettbewerbsdefizit (oder fehlende Regulierung) am Festnetz-Endkundenmarkt verstärkt werden.²

¹ Der Wohlfahrtverlust entsteht auf Grund zu hoher Preise und zu geringer Mengen („*dead-weight loss*“).

² In diesem Fall tritt das in der ökonomischen Theorie als *Double-Marginalization* bekannte Problem des doppelten Aufschlags von Monopol-Margen auf. Da in Österreich die Endkundenentgelte des SMP-Festnetzbetreibers nach dem TKG (1997) reguliert waren, war dieses Problem vernachlässigbar.

Wäre der Mobilfunkendkundenmarkt nicht kompetitiv, würden sich die überhöhten Mobil-Terminierungsentgelte in entsprechenden Übergewinnen auf Seiten der Mobilfunkbetreiber niederschlagen. Bei einem kompetitiven Mobilfunkendkundenmarkt – wie es in Österreich der Fall ist – werden die durch überhöhte Mobilterminierungsentgelte erwirtschafteten Margen im Wettbewerb um Endkunden (Subvention von Endgeräten, *on-net calls*, etc.) jedenfalls teilweise verzehrt. Auch wenn die Mobilfunkteilnehmer von diesen Subventionen profitieren, ist der damit verbundene positive Effekt geringer als der negative Wohlfahrtseffekt bedingt durch die allokativen Verzerrungen von Anrufen aus dem Festnetz ins Mobilnetz. Es ist also aus ökonomischer Sicht zu erwarten, dass der unter wohlfahrts-ökonomischen Gesichtspunkten optimale (Benchmark-)Preis für Mobilterminierung (auch bei Berücksichtigung von Netzwerkexternalitäten und Ramsey-Pricing³) niedriger ist, als das Terminierungsentgelt, das ein (profitmaximierender) Mobilfunkbetreiber setzen würde.⁴

Aus ökonomischer Sicht wird sohin ein (profitmaximierender) Mobilfunkbetreiber – sofern ihn nicht die Verhandlungsmacht der Nachfrageseite davon abhält – unabhängig von seiner Netzwerkgröße die Terminierungsentgelte für Gespräche aus dem Festnetz zumindest auf das Niveau des Monopolpreises setzen. Dadurch kommt es zu allokativen Verzerrungen (Wohlfahrtsverlusten). Die Margen (aus der Terminierung) werden am Endkundenmarkt im Wettbewerb um Endkunden (Subventionierung von Endgeräten und Endkundentarifen, etc.) verwendet. Das zentrale Wettbewerbsproblem sind also nicht unbedingt die (insgesamt erwirtschafteten) Übergewinne von Mobilfunkbetreibern, sondern die Marktverzerrungen (Wohlfahrtsverluste) in Zusammenhang mit Gesprächen von Fest- in Mobilnetze.

3.5.2. Mobil-Mobil-Zusammenschaltung

Im Gegensatz zur Fest-Mobil-Zusammenschaltung sind die Zusammenschaltungspartner der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung unmittelbare Konkurrenten am (Mobilfunk-) Endkundenmarkt. Das verändert die Anreizstruktur der Unternehmen insofern, als

1. Terminierungsentgelte als Kollusionsinstrument für den Endkundenmarkt eingesetzt werden könnten,
2. Terminierungsentgelte als Instrument für *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleineren (neu in den Markt eingetretenen) Betreibern eingesetzt werden könnten,
3. unter bestimmten Voraussetzungen effiziente Terminierungsentgelte zwischen Betreibern verhandelt werden könnten.

Ad (1): Da die Terminierungsentgelte wechselseitig die (wahrgenommenen durchschnittlichen Grenz-)Kosten erhöhen, könnten sie als Instrument zur Stabilisierung eines kollusiven Marktergebnisses am Endkundenmarkt eingesetzt werden und damit einen zusätzlichen Grund für eine regulatorische Intervention darstellen. Die theoretische Literatur zeigt aber, dass dies nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen möglich ist, die in Österreich nicht zutreffen.⁵

³ *Ramsey-Pricing* heißt, dass die Gemeinkosten im Mehrproduktfall umgekehrt proportional zu den jeweiligen Elastizitäten der Produkte aufgeschlagen werden. Solche Tarife werden als „2nd best“ bezeichnet, da Preise zu Grenzkosten („1st best“) bei Vorliegen von erheblichen Gemein- bzw. Fixkosten unter der Prämisse der Wirtschaftlichkeit (Erlöse decken alle Kosten) nicht möglich sind.

⁴ Auch wenn der Betreiber selbst seine Gemeinkosten nach dem „Ramsey-Prinzip“ aufteilt, entspricht das Ergebnis nicht (notwendigerweise) dem „2nd best“-Ergebnis. Der Grund liegt darin, dass sich die Elastizitäten der unternehmensindividuellen Nachfragefunktionen nicht mit den Elastizitäten der Gesamtmarktnachfrage der relevanten Produkte decken (müssen). Gerade in dem hier relevanten Zusammenhang ist dies nicht der Fall.

⁵ Eine notwendige Voraussetzung dafür ist die Anwendung eines linearen Tarifs (ohne Differenzierung in Grundentgelte und verkehrsabhängige Entgelte und ohne Handset-Stützungen) sowie einheitliche Tarife für *off-net* und *on-net calls*. Beides ist in Österreich nicht der Fall.

Ad (2): Vorweg muss angemerkt werden, dass Zusammenschaltung grundsätzlich eine horizontale Interaktion zwischen Unternehmen ist und auf Grund der Existenz von Netzwerkexternalitäten im Normalfall beide Betreiber ein Interesse daran haben, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu eröffnen. Unter solchen Voraussetzungen gibt es auch keinen Anreiz für *Foreclosure*.

Ein *Foreclosure-Problem* kann aber bei der Zusammenschaltung von „großen“ und (neuen) „kleinen“ Betreibern (oder auch MVNOs) auftreten. Neben der Verweigerung der Zusammenschaltung bzw. der Verrechnung (prohibitiv) hoher Terminierungsentgelte spielt dabei insbesondere auch die Diskriminierung zwischen *on-net-* und *off-net calls* eine wesentliche Rolle. Durch günstigere *On-net-Tarife* als *Off-net-Tarife* entstehen „preisinduzierte“ Netzwerkexternalitäten, so genannte *tariff-mediated network externalities*, die das Netzwerk eines anderen (kleineren) Betreibers unattraktiv machen. Man stelle sich an dieser Stelle die Situation von H3G vor, dessen Kunden nahezu 100% der Anrufe als teure *Off-net-Anrufe* abwickeln müssen. Vor diesem Hintergrund ist auch zu erwarten, dass sich die – derzeit praktizierten Preisdiskrepanzen zwischen *off-net* und *on-net calls* – im unregulierten Fall noch erheblich verschärfen würden. Eine solche Differenzierung ist auch vor dem Hintergrund effizienter Preisstrukturen (Ramsey-Pricing) zumindest in dem beobachtbaren (bzw. zu erwartenden) Ausmaß nicht gerechtfertigt.⁶ In jenen Geschäftsbereichen, in denen Fest- und Mobilnetzbetreiber im Wettbewerb zueinander stehen, wie z.B. bei konvergenten Diensten oder *Virtual-Private-Networks* können sich *Foreclosure-Strategien* auch gegen Festnetzbetreiber richten. Da in Österreich nahezu alle Mobilbetreiber über einen Festnetzarm verfügen, ist dieses Wettbewerbsproblem durchaus relevant. Auch mit zunehmenden Substitutionsbeziehungen zwischen Fest- und Mobilnetzen gewinnt dieses Wettbewerbsproblem an Bedeutung, da die Mobilfunkbetreiber durch solche Strategien den Mobilfunksektor insgesamt gegenüber dem Festnetzsektor stärken können.⁷

Ad (3): Die theoretische Literatur zeigt, dass unter bestimmten Umständen Mobilfunkbetreiber indifferent in Bezug auf die wechselseitigen (reziproken) Terminierungsentgelte sind. Dies ist tendenziell dann der Fall, wenn die Unternehmen ziemlich symmetrisch (z.B. in den Kosten) und ähnlich groß sind (keinen *Foreclosure-Anreiz* haben), der Verkehr zwischen ihnen symmetrisch ist und sie auch keinen Anreiz zu Kollusion haben. In solchen Fällen können (müssen aber nicht) Verhandlungen zu effizienten Terminierungsentgelten führen. Allerdings dürften die Betreiber (auf Grund der Profitneutralität) in diesem Fall auch keine Einwände gegen ein gegebenenfalls regulatorisch festgesetztes (reziprokes) Terminierungsentgelt haben.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Anreize für anti-kompetitives Verhalten bei der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung nicht so eindeutig gegeben sind wie bei der Zusammenschaltung zwischen Fest- und Mobilnetzen. Das aus theoretischer Perspektive gravierendste Wettbewerbsproblem (Terminierung als Kollusionsinstrument für den Endkundemarkt) hat wegen der in Österreich verwendeten Tarifsysteme keine nennenswerte Bedeutung. Relevanz hat auf Grund der (derzeit noch) hohen Asymmetrie in den Marktanteilen (wie auch im Verkehr) sowie gewisser Überschneidungen mit dem Festnetz (z.B. *Virtual Private Networks*, Fest-Mobil-Konvergenz) die *Foreclosure-Problematik*. Allerdings verliert dieses Wettbewerbsproblem in Bezug auf die Mobil-Mobil-Zusammenschaltung längerfristig mit zunehmender Marktanteilsgewinnung von H3G und tele.ring an Relevanz. Ob die Mobilfunkbetreiber dann im Stande sind, wechselseitig effiziente Preisstrukturen zu verhandeln, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Über

⁶ Dies setzt voraus, dass die Preiselastizität der Anrufer in Bezug auf *off-net calls* signifikant geringer ist als in Bezug auf *on-net calls*.

⁷ Die rückläufige Zahl an Festnetzanschlüssen sowie die leicht sinkenden Gesprächsminuten am Festnetzendkundenmarkt bestätigen, dass ihnen dies auch zunehmend besser gelingt und damit dieses Wettbewerbsproblem zunehmend an Relevanz gewinnt.

den für diese Analyse absehbaren Zeitraum ist allerdings nicht von einer Annäherung in den wesentlichsten Parametern auszugehen.

3.6. Marktergebnis – Performancemaße, internationale Preisvergleiche

Ebenfalls geringe Aussagekraft haben die im Kontext „Marktergebnis“ zu analysierenden Kriterien, wie Performancemaße (Rentabilitätsmaße) oder internationale Preisvergleiche. Da im Rahmen der Anordnung von Terminierungsentgelten auch die Kosten des eingesetzten Kapitals (WACC) ermittelt und berücksichtigt werden, geben Performancemaße (sowohl auf Produkt- wie auch auf Unternehmensebene) keinen Aufschluss über das Vorliegen von Marktmacht auf den Terminierungsmärkten. Auch auf Basis internationaler Preisvergleiche lassen sich – da die betroffenen Entgelte angeordnet sind – keine Schlussfolgerungen in Richtung Marktmacht ziehen. Ein grundsätzliches Problem internationaler Vergleiche ist die Heterogenität insbesondere von Tarifstrukturen, Abrechnungsmodellen, Kostenstrukturen, weshalb man die ausgewiesenen Kennzahlen immer auch mit entsprechender Vorsicht interpretieren muss.

Allerdings gibt ein internationaler Preisvergleich einen Überblick über die derzeitigen österreichischen Terminierungsentgelte im internationalen Vergleich, insbesondere über die Relation zu Ländern, in denen Terminierungsentgelte reguliert bzw. nicht reguliert werden.

Ein internationaler Preisvergleich – basierend auf dem Crosscountry-Analysis Bericht von Cullen International aus Jänner 2004, Stand Jänner 2004 (Marktanalyse-Gutachten, Seite 87ff) zeigt, dass Österreich gleichermaßen zu den günstigsten wie zu den teuersten Ländern zählt: Mobilkom belegt Rang 8 von 51 und T-Mobile Austria Rang 14. ONE liegt mit Rang 20 im oberen Mittelfeld. Die Terminierungsentgelte von H3G und tele.ring liegen auf Rang 47 von 51. Damit ist Österreich von allen berücksichtigten Ländern das Land mit der größten Streuung der Mobilterminierungsentgelte, wobei sich die niedrigen Mobilterminierungsentgelte (insbesondere von Mobilkom) auf Grund des überdurchschnittlich hohen Marktanteils der betroffenen Betreiber überproportional auf die „durchschnittlichen Terminierungskosten“ auswirken. Im Bereich der mit den Marktanteilen gewichteten durchschnittlichen Terminierungsentgelte nimmt Österreich Rang 14 von 28 ein und liegt damit knapp unter dem europäischen Durchschnittswert. Im Bereich der niedrigsten Terminierungsentgelte je Land liegt Österreich auf Rang 7 von 28 und deutlich unter dem europäischen Durchschnittswert. Im Bereich der höchsten Terminierungsentgelte je Land nimmt Österreich Rang 24 von 28 ein; der ausgewiesene Wert liegt erheblich über dem europäischen Durchschnittswert.

Weiters wurde auch der Zusammenhang zwischen der Höhe der Terminierungsentgelte und der Regulierung untersucht (Marktanalyse-Gutachten, Seite 91), wobei sich im Ergebnis zeigt, dass die („unregulierten“) Terminierungsentgelte, für die es keine Verpflichtung zur Kostenorientierung gibt und die nicht auf kostenorientierter Basis reguliert werden, im Durchschnitt um fast 25% höher sind.

3.7. Nachfrageseitige Verhandlungsmacht

Unter nachfrageseitiger Gegenmacht ist im Wesentlichen die Verhandlungsmacht von Kunden gegenüber dem Anbieter eines Produktes/Dienstes zu verstehen. Diese manifestiert sich gegebenenfalls darin, dass Kunden einen signifikanten Einfluss auf das Preissetzungsverhalten des Anbieters haben, so dass es diesem nicht möglich ist, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von seinen Kunden zu verhalten.⁸

⁸ Vgl. Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207.

Die Frage der Existenz und des Ausmaßes an nachfrageseitiger Gegenmacht ist vor allem in hoch konzentrierten Märkten zu stellen und besonders relevant auf Märkten, in denen der Anbieter über ein Monopol verfügt.⁹ Der ökonomischen Literatur zufolge bestehen für einen rational handelnden Monopolisten Anreize seine Profite zu maximieren, d.h. die Preise auf das Niveau des Monopolpreises zu setzen. Die statische Konsequenz eines solchen Verhaltens sind zu geringe Outputmengen, überhöhte Preise und damit einhergehend ein Verlust an Wohlfahrt (*dead-weight loss*). Die dynamischen Konsequenzen schließen darüber hinaus vielfach produktive Ineffizienzen und unzureichende Innovationstätigkeiten ein.¹⁰

Die hier zu untersuchende Frage nimmt somit das Monopol der Mobilterminierung als Ausgangsbasis und untersucht, ob auf den jeweiligen Terminierungsnetzbetreiber nachfrageseitig eine disziplinierende Wirkung in einem Umfang ausgeübt wird bzw. werden kann, dass es diesem unmöglich ist, seinen Monopol-Preissetzungsspielraum zu nutzen und sich unabhängig von seinen Kunden zu verhalten. Im Extremfall kann sich der Preissetzungsspielraum des Monopolisten aufgrund nachfrageseitiger Gegenmacht derart reduzieren, dass es ihm nicht möglich ist, seinen Preis über das (fiktiv) wettbewerbliche Niveau zu heben. Damit wird die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht zu einer Schlüsselfrage für die Beurteilung der Marktmacht des Monopolisten insgesamt.¹¹

Für gegenständliche Feststellungen wird im Folgenden der Zusammenhang zwischen nachfrageseitiger Gegenmacht und der Nachfragefunktion allgemein klargestellt:

Grundsätzlich wird die Nachfragefunktion auf jedem Markt (unabhängig von der konkreten Angebotskonstellation) einen negativen Verlauf¹² haben, der zum Ausdruck bringt, dass Kunden zu höheren Preisen eine geringere Menge nachfragen und mit sinkenden Preisen die nachgefragte Menge ausdehnen. Die Elastizität¹³ der Nachfragefunktion kann unterschiedlich sein, wobei im gegebenen Kontext grundsätzlich gilt, dass eine höhere Elastizität auf geringere Preissetzungsspielräume (höhere Mengenreaktionen) und (aber nicht zwingend) höhere Wettbewerbsintensität hindeutet. Dieser Zusammenhang gilt grundsätzlich für alle Märkte,¹⁴ sodass die Nachfrageseite eine (von ihrer Preissensitivität abhängige) restringierende Wirkung auf das Preissetzungsverhalten des Betreibers ausüben kann. Dieser allgemein gültige Zusammenhang zwischen Nachfrage und Angebot ist für die Beurteilung der nachfrageseitigen Gegenmacht im Fall von Monopolen nicht relevant, vielmehr geht es hierbei um die Frage, ob es der Nachfrageseite gelingt, den Monopolisten davon abzuhalten den Preis auf das für ihn profitmaximierende Niveau zu heben (dabei werden Preis und Menge durch den Schnittpunkt von Grenzkosten- und Grenzertragsfunktion bestimmt) und ihn dazu zu zwingen, den Preis den Grenzkosten der Produktion anzunähern.

Notwendig für die Bildung nachfrageseitiger Gegenmacht ist, dass der Nachfrager über ein effektives und glaubwürdiges Drohpotenzial verfügt. Eine Drohung ist nur dann glaubwürdig,

⁹ Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass bei sehr niedriger Marktkonzentration (viele kleine Anbieter mit unbedeutenden Anteilen) eher davon auszugehen ist, dass der einzelne Anbieter Preisnehmer ist, dh über keinen oder nur einen geringen Preissetzungsspielraum verfügt.

¹⁰ Die dynamischen Konsequenzen sind im Kontext der österreichischen Mobilterminierungsmärkte von geringerer Bedeutung, da der Druck zu Effizienz und Innovation über den kompetitiven Endkundenmarkt gegeben ist.

¹¹ Grundsätzlich können Monopolisten auch durch niedrige Marktzutrittsbarrieren (Bestreitbarkeit des Marktes) zu einem wettbewerbskonformen Preissetzungsverhalten veranlasst werden. Für die Beurteilung der Terminierung ist dies freilich (mangels Bestreitbarkeit des Marktes) nicht relevant.

¹² Hier wird von den Besonderheiten einer völlig inelastischen, einer völlig elastischen und einer positiv geneigten Nachfragefunktion, wie sie bei „Giffengütern“ gegeben sein kann, abgesehen, da diese im gegebenen Kontext keine Relevanz haben.

¹³ Die Nachfrageelastizität gibt die Mengenreaktion der Nachfrage bezogen auf eine Preisveränderung an.

¹⁴ Wobei im Fall der Terminierung auf Grund des *Calling-Party-Pays-Prinzips* und der hohen Intransparenz des Preises der Vorleistung Terminierung für rufende Endkunden von einer geringen Elastizität auszugehen sein wird.

wenn es für den Nachfrager rational ist, diese auch umzusetzen, sollte der Anbieter den Forderungen nicht nachgeben. Die Drohung ist umso effektiver je höher die Kosten auf Seiten des Verkäufers (Erlöseinbußen) sind. Eine Konzentration der nachgefragten Menge auf wenige Kunden fördert daher die Gegenmacht, da Schlüsselkunden (mit einer hohen Nachfragemenge) eher in der Lage sein werden ihr Drohpotenzial einer Nachfragereduktion (mit potenziell hohen Erlöseinbußen) zu artikulieren und in Preisverhandlungen mit dem Monopolisten durchzusetzen. Für die Beurteilung kann weiters relevant sein, ob Kunden gleich gelagerte, organisierbare Interessen haben und so gegebenenfalls eine Aggregation an ausgleichender Nachfragemacht stattfinden kann. Auch die Transparenz der Aktionen fördert die nachfrageseitige Verhandlungsmacht, weil Nachfrager leichter auf bessere Konditionen anderer Kunden verweisen und diese in ihre Verhandlungssituation auch einbringen können. Ein zentrales Element der nachfrageseitigen Gegenmacht (da es die Glaubwürdigkeit erheblich unterstreicht) ist die Existenz von Alternativen: Durch die Drohung, das Produkt von einem anderen Anbieter zu beziehen oder es selbst herzustellen, kann erheblicher Druck auf den Anbieter ausgeübt werden.¹⁵

Inwieweit schließlich die nachfrageseitige Gegenmacht einzelner Kunden(gruppen) dazu führt, dass der Monopolist seinen Preissetzungsspielraum generell nicht d.h. gegenüber keinem Kunden ausschöpfen kann, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit es ihm gelingt, (über Diskriminierung) eine für Schlüsselkunden gefundene Lösung nicht zu einer allgemeinen werden zu lassen. In dem Ausmaß, in dem Diskriminierung möglich ist (bzw. Einzellösungen gefunden werden können) und ein direkter Wiederverkauf zwischen Kunden ausgeschlossen werden kann, reduziert sich die Monopolmacht auf den verbleibenden Teil jener Kunden, die über keine hinreichende nachfrageseitige Gegenmacht verfügen.

Im Zusammenhang mit der nachfrageseitigen Gegenmacht auf Mobilterminierungsmärkten ergeben sich folgende Fragestellungen:

Die Endkundenebene:

1. Können Kunden des Mobilbetreibers selbst gegebenenfalls Gegenmacht auf die Terminierungsentgelte ausüben?
2. Können rufende Endkunden anderer Betreiber gegebenenfalls Gegenmacht auf den terminierenden Netzbetreiber ausüben?

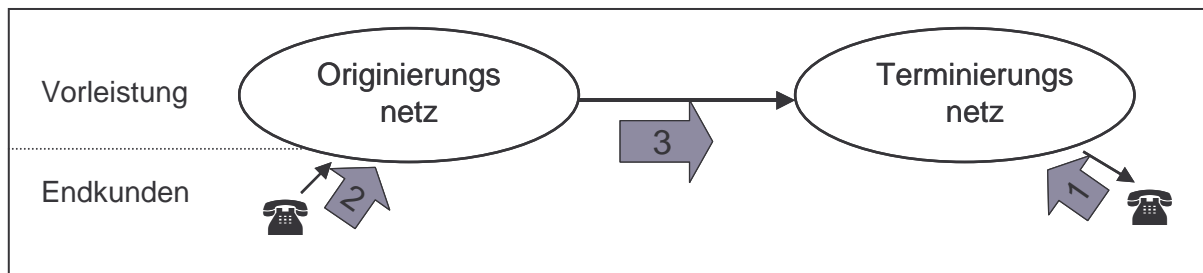
Die Vorleistungsebene:

3. Inwieweit können andere Betreiber, die die Mobilterminierungsleistung nachfragen, Gegenmacht ausüben? Hierbei ist zu unterscheiden, ob der die Terminierung nachfragende Betreiber am gleichen Endkundenmarkt tätig ist (also Mobilbetreiber ist und damit zum terminierenden Betreiber in direkter Konkurrenz steht) oder ob die Nachfrage von einem Festnetzbetreiber ausgeht. In letzterem Fall ist wiederum zu unterscheiden, ob der Festnetzbetreiber selbst über ein eigenes Teilnehmernetz verfügt (und daher dem terminierenden Mobilnetzbetreiber eigene Terminierungsleistungen anbietet; *two-way access*) oder ob er ausschließlich als Verbindungsnetzbetreiber auftritt (*one-way access*).

In all diesen Fällen ist nicht nur die Frage der grundsätzlichen Möglichkeit nachfrageseitige Gegenmacht auszuüben zu diskutieren, sondern auch zu erörtern, in wie weit Anreize

¹⁵ Inwieweit diese Drohung als realistisch einzustufen ist, muss von Fall zu Fall beurteilt werden. Der Markteintritt kann mit erheblichen Kosten und hohem Zeitaufwand verbunden sein, die Stückkosten können höher liegen als die des ehemaligen Monopolisten (*Minimum efficient scale*), die Eigenmarke müsste erst aufgebaut werden. Für den Bereich der Mobilterminierung sind die Markteintrittsbarrieren freilich absolut.

bestehen, diese Verhandlungsmacht auszuüben bzw. wie diese Anreize gegebenenfalls kanalisiert werden.



RELEVANTE KONSTELLATIONEN NACHFRAGESEITIGER VERHANDLUNGSMACHT

Die weitere Diskussion folgt dieser Unterteilung. Den Ausgangspunkt bildet die *Retail-Ebene*, da die Nachfrage nach Terminierungsleistungen von der Endkundennachfrage abgeleitet ist (vgl. dazu im Detail Marktanalyse-Gutachten, 94ff).

3.7.1. Nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden des Terminierungsnetzbetreibers

Damit der Kunde einen Anreiz hat, seine Gegenmacht auszuüben, muss er mittelbar oder unmittelbar von einer Senkung der Terminierungsentgelte profitieren. Der erzielbare Vorteil muss für ihn signifikant sein und muss auf jeden Fall die anfallenden Transaktionskosten übersteigen.

Wie bereits festgestellt, setzt eine nachfrageseitige Gegenmacht seitens eines Endkunden voraus, dass dieser eine signifikante Größe im Verhältnis zu den Gesamtumsätzen seines Mobilbetreibers erreichen muss, die Drohung den Anbieter gegebenenfalls zu wechseln, glaubhaft sein muss, dass die Absenkung auch in den Endkundenentgelten dieser Anbieter abgebildet werden muss (sofern die Gespräche in anderen Netzen originieren) und die resultierenden Einsparungen über den mit dem Ausüben der Gegenmacht verbundenen Transaktionskosten liegen.

Eine eingehende ökonomische Untersuchung der zur Diskussion stehenden Fallkonstellationen zeigt, dass es selbst sehr großen Unternehmen bzw. Organisationen nicht möglich sein wird, niedrigere Terminierungsentgelte für Rufe von Dritten aus anderen Netzen durchzusetzen, da die Nettobilanz für den Mobilbetreiber jedenfalls negativ sein wird, die Weitergabe einer Absenkung der Terminierungskosten durch andere Betreiber nicht hinreichend sichergestellt werden kann und andere Produkte mit wesentlich geringeren Folgekosten zur Verfügung stehen, um den vom Unternehmen (Kunden) gewünschten Effekt zu erreichen.

Für weitere Konstellationen mit Fokus auf die unternehmensinterne Kommunikation aus unterschiedlichen Netzen (Unternehmen ist Kunde zweier Mobilnetzbetreiber, Marktanalyse-Gutachten, Seite 97f, und Unternehmen ist Festnetz- und Mobilkunde, Marktanalyse-Gutachten, Seite 98) lassen sich grundsätzlich analoge Feststellungen tätigen, mit der Besonderheit, dass in diesen Fällen die Option kostengünstiger netzinterner Gespräche in den Vordergrund tritt (da die Entscheidung durch den Kunden fällt und keine Gespräche von Dritten involviert sind). Ist das Unternehmen Kunde zweier Mobilnetze wird der Wettbewerb am mobilen Endkundenmarkt ausschlaggebend dafür sein, ob sich der Kunde gegebenenfalls für einen der beiden Anbieter oder aber für beide Anbieter mit entsprechend angepassten Endkundenentgelten entscheiden wird. Ist das Unternehmen Festnetz- und Mobilkunde werden seitens des Mobilbetreibers gegebenenfalls Produkte angeboten, die

entweder externe Festnetzgespräche durch *on-net calls* substituieren (zB. *SIM-Gateways*) oder aber der Kunde hat die Möglichkeit, Teilnehmer des Festnetzarms des betreffenden Mobilunternehmens zu werden und solcherart gegebenenfalls in den Genuss niedrigerer (externer, impliziter) Terminierungsentgelte zu kommen.

Niedrige und sinkende *on-net-Entgelte* entfalten die Wirkung, dass sie eine nachfrageseitige Gegenmacht wie in den beiden zuletzt genannten Fällen grundsätzlich gegeben sein kann, unterminieren, da der Anreiz, Teilnehmer des (bzw. nur eines) Unternehmens zu werden, mit dem Gefälle zwischen den Entgelten für externe bzw. netzinterne (implizite) Terminierungsleistungen eine zusätzliche Sogwirkung erfährt.

Zusammenfassend zeigt sich, dass, selbst wenn unterstellt würde, dass die Drohung des Unternehmens gegebenenfalls den Betreiber zu wechseln, glaubhaft gemacht werden kann (was angesichts eines Gesamtportfolios an Leistungen und der damit verbundenen Transaktions- bzw. Wechselkosten zweifelhaft ist), keine nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden hinsichtlich der Terminierungsentgelte aus anderen Netzen besteht. In jedem Fall ist es für das Unternehmen wie auch für den betreffenden Mobilbetreiber günstiger, rationaler und effektiver, andere Lösungen zu finden, die im Ergebnis die nachfrageseitige Gegenmacht von Endkunden (in Bezug auf die Terminierungsleistung) unterhöheln. Dies gilt nicht nur für einen einzelnen (großen) Kunden, ein analoger Schluss lässt sich auch für eine Aggregation der Nachfragemacht argumentieren, ohne hierbei auf die damit verbundenen Schwierigkeiten und Transaktionskosten einzugehen. Eine Gegenmacht zur Verringerung der Terminierungsentgelte für Rufe aus anderen Netzen, die ein Ausmaß erreicht, das es dem Mobilbetreiber verunmöglicht, seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben, kann somit ausgeschlossen werden. Im Gegenteil: die aufgezeigten Strategien machen deutlich, dass es im Interesse des jeweils terminierenden Unternehmens ist, den Unterschied in den Kosten zwischen externer und impliziter interner Terminierung möglichst hoch zu halten, da diese Diskrepanz eine zentrale Kraft für das Wachstum am Endkundenmarkt darstellt (vgl. dazu Marktanalyse-Gutachten, Seite 99).

3.7.2. Nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter

In dieser Fallkonstellation steht der rufende Kunde weder in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Terminierungsnetzbetreiber noch hat der gerufene Teilnehmer ein unmittelbares Interesse an möglichst geringen Terminierungsentgelten.

Der rufende Teilnehmer kann entweder Kunde eines Festnetzanbieters oder aber eines anderen Mobilbetreibers sein. Für die weitere Diskussion wird unterstellt, es handelt sich um einen Schlüsselkunden für den originierenden Anbieter der gleichzeitig ein besonders hohes Gesprächsaufkommen in ein bestimmtes Mobilnetz aufweist.

In einer solchen Situation wird der rufende Kunde (aufgrund der hohen Kosten für die Terminierung, die ihm von seinem Anbieter über die Endkundenentgelte weitergereicht werden) zu entscheiden haben, ob es für ihn gegebenenfalls günstiger ist, den Anbieter zu wechseln und Teilnehmer jenes Mobilbetreibers zu werden, in dessen Netz ein Großteil der Gespräche terminiert.¹⁶ Auch hier wirkt also grundsätzlich die hohe Spreizung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für netzinterne und jenen für externe Gespräche.

Nur in jenen Fällen, in denen ein integrierter Festnetz – Mobilanbieter günstigere Gespräche in das betreffende Mobilnetz anbieten kann als der eigene Festnetzanbieter, wird dies

¹⁶ Von der grundsätzlich technisch gegebenen Möglichkeit *SIM-Gateways* einzusetzen wird hier abgesehen, da diese durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Mobilbetreiber ausgeschlossen werden.

möglicherweise zu einem Wechsel des Festnetzanbieters führen, wobei aber selbst in diesen Fällen die am Markt beobachtbaren Entgelte für Fest-Mobil-Gespräche deutlich über jenen für netzinterne Gespräche zu liegen kommen. Ein entsprechendes Kommunikationsvolumen vorausgesetzt wird der Endkunde gegebenenfalls eine Entscheidung für den (terminierenden) Mobilbetreiber treffen. Ähnliche Überlegungen können auch für Mobil-Mobil-Gespräche relevant werden, da einzelne Anbieter ihren Endkunden besondere Tarifangebote für Rufe in bestimmte Netze unterbreiten.

Ein Endkunde (unabhängig von seinem Gesprächsvolumen) wird kaum eine Möglichkeit haben, direkt nachfrageseitige Verhandlungsmacht gegenüber dem terminierenden Mobilbetreiber auszuüben, da letzterer mit ihm über Terminierungsentgelte nicht verhandeln kann und wird und es immer der Mitwirkung des eigenen Anbieters (der ja die Endkundenentgelte festlegt) bedarf. Jeglicher Druck auf eine Absenkung der Terminierungsentgelte für Rufe in ein bestimmtes Mobilnetz kann somit immer nur mittelbar über den eigenen Betreiber – der bei bestehendem Wettbewerb am Endkundenmarkt auch ein Interesse hat, im Interesse seiner Kunden niedrige Terminierungsentgelte durchzusetzen – ausgeübt werden. Da der Anbieter gleichzeitig auch die Nachfrage seiner Endkunden nach Terminierungsleistungen in (Mobil-)Netzen aggregiert und auf Vorleistungsebene der Vertragspartner für Zusammenschaltungsleistungen ist, ist es in erster Linie die Vorleistungsebene, auf der sich gegebenenfalls eine dem Interesse einer monopolistischen Preissetzung entgegenstehende nachfrageseitige Verhandlungsmacht finden kann. Dies wird nachfolgend erörtert:

3.7.3. Nachfrageseitige Gegenmacht auf der Vorleistungsebene

Die Nachfrager auf der Vorleistungsebene bündeln die Nachfrage (der Endkunden) nach Mobilterminierungsleistungen und könnten damit potenziell mehr Druck auf die Anbieter dieser Leistungen ausüben. Auf der anderen Seite sind sie aus einer Reihe von Gründen – auf die in der Folge näher eingegangen wird – in ihren Möglichkeiten, ein glaubwürdiges Drohpotenzial gegenüber den Anbietern von Mobilfunkterminierungsleistungen aufzubauen, eingeschränkt.

Zunächst wird untersucht, in welchem Umfang unterschiedliche Typen von Netzbetreibern (potenziell) Nachfragemacht haben könnten. So ist zu unterscheiden zwischen Betreibern, die Mobilterminierung nachfragen und ihrerseits Terminierungsleistungen anbieten (*two-way access*) und solchen die reine Nachfrager sind (*one-way access*). Der Nachfrager kann mit dem Anbieter auf dem Endkundenmarkt in Konkurrenz stehen (Mobil-Mobil-Zusammenschaltung) oder nicht (Fest-Mobil-Zusammenschaltung). Abhängig davon sind die Optionen, die ein Nachfrager hat, um ein (glaubwürdiges) Drohpotenzial aufzubauen, unterschiedlich. Im zweiten Schritt wird die Nachfragemenge unterschiedlicher Nachfrager (in Österreich) untersucht und analysiert, welche Nachfrager auf Grund der Nachfragekonzentration (potenziell) über Nachfragemacht verfügen könnten. Weiters wird die Bedeutung von Eigentumsverschränkungen und die Bedeutung der Symmetrie des IC-Verkehrs zwischen Mobilfunkbetreibern untersucht.

3.7.3.1. Kategorien von Nachfragern und deren Gegenmacht

Das stärkste Druckmittel, über das Nachfrager verfügen, ist die Androhung, die Leistung von einem anderen Anbieter zu beziehen oder sie selbst herzustellen. Diese beiden Optionen hat ein Nachfrager von Terminierungsleistungen auf der Vorleistungsebene nicht zur Hand. Dies schränkt Nachfragemacht erheblich ein und reduziert das Drohpotenzial im Wesentlichen auf folgende zwei Optionen:

- Die Androhung, die Zusammenschaltung zu verweigern oder zu verzögern

- Die Drohung, im Gegenzug selbst einen hohen Preis für die Terminierung zu setzen (so der Nachfrager seinerseits Teilnehmernetzbetreiber ist)

Welche Optionen einem Nachfrager nach Mobilfunkterminierung auf der Vorleistungsebene „glaubwürdig“ zur Verfügung stehen, ist abhängig davon, ob er Verbindungsnetzbetreiber (*one-way access*) ist oder selbst Terminierung anbietet (*two-way access*). Darüber hinaus ist es nicht für alle Nachfrager in gleichem Maße rational (und damit glaubwürdig), die Option tatsächlich umzusetzen. Im Folgenden werden die möglichen Anbieterkonstellationen untersucht:

a. *One-way access und gleicher Endkundenmarkt*: Dieser Fall ist für den Mobilfunk nicht relevant, da es keine Verbindungsnetzbetreiber im Mobilfunk gibt.

b. *One-way access und unterschiedlicher Endkundenmarkt*: Dies entspricht dem Szenario eines Verbindungsnetzbetreibers im Festnetz, der Mobilterminierung von einem Mobilfunkbetreiber bezieht. Da der Verbindungsnetzbetreiber nicht mit dem Mobilfunkbetreiber im Wettbewerb steht, hat zweiterer keinen Anreiz für *Foreclosure* und wird – entsprechend den Ausführungen zu den strukturellen Besonderheiten – versuchen, den Preis auf der Höhe des Monopolpreises zu setzen.

Hat nun der Nachfrager erstens einen Anreiz den Preis zu drücken und verfügt er zweitens über ein glaubwürdiges Drohpotenzial dies auch durchzusetzen? Den Anreiz den Preis zu drücken hat er dann, wenn ihm niedrigere (höhere) Terminierungsentgelte einen kompetitiven Vorteil (Nachteil) gegenüber seinen Konkurrenten bringen. Andernfalls würde er die überhöhten Mobilterminierungsentgelte schlicht auf seine Endkunden überwälzen (was die Glaubwürdigkeit seines Drohpotenzials weiter einschränkt). In der Folge sei aber angenommen, ein solcher Anreiz bestünde trotzdem. In diesem Fall hat ein Verbindungsnetzbetreiber eine Option zur Durchsetzung von Nachfragemacht, nämlich die Leistung nicht nachzufragen, d.h. die Zusammenschaltung zu verweigern. Dies würde ihn aber insgesamt – sogar im Falle der Zusammenschaltung mit einem sehr kleinen Mobilfunkbetreiber – schlechter stellen, als die Terminierungsleistung zum Monopolpreis zu beziehen, da seine Kunden einen (u.U. signifikanten) Teil der Teilnehmer nicht erreichen könnten (und ihm damit erhebliche Endkundenumsätze verloren gingen bzw. seine Reputation leiden würde). Da eine solche Drohung nicht glaubwürdig ist, verfügt der Verbindungsnetzbetreiber über keine nennenswerte Nachfragemacht.

c. *Two-way access und verschiedene Endkundenmärkte*: Dies entspricht dem Szenario eines Festnetzbetreibers, der selbst (Festnetz-)terminierung anbietet (d.h. Teilnehmer angeschaltet hat) und Mobilterminierung von einem Mobilfunkbetreiber bezieht. Da der Festnetzbetreiber nicht mit dem Mobilfunkbetreiber im Wettbewerb steht, hat zweiterer keinen Anreiz für *Foreclosure* und wird entsprechend den Ausführungen im Kapitel strukturelle Besonderheiten versuchen, den Preis auf der Höhe des Monopolpreises zu setzen.

Hat nun der Nachfrager erstens einen Anreiz den Preis zu drücken und verfügt er zweitens über ein Drohpotenzial? In Bezug auf ersteres gelten die oben ausgeführten Argumente analog. Im Gegensatz zum Verbindungsnetzbetreiber hat der Festnetzbetreiber zwei Optionen, Nachfragedruck auszuüben: Zum einen kann er drohen, die Leistung nicht nachzufragen (d.h. Verweigerung der Zusammenschaltung). Wie im Falle des Verbindungsnetzbetreibers würde ihn das aber insgesamt schlechter stellen, als würde er die Terminierungsleistung zum Monopolpreis beziehen. Die zweite Option wäre es, dem Mobilbetreiber zu drohen, diesem die Terminierungsleistung ebenfalls nur zu überhöhten Preisen (rationalerweise zum Monopolpreis) anzubieten. Diese Drohung ist aber nur dann glaubwürdig, wenn der Festnetzbetreiber seinerseits nicht ohnehin auch den Anreiz hätte, den Preis auf der Höhe seines Monopolpreises zu setzen. Da aber der Mobilfunkbetreiber

davon ausgehen muss, dass es für den Festnetzbetreiber in jedem Fall auch rational ist, (zumindest) den Monopolpreis zu setzen – und damit auch kein anderer Mobilbetreiber die Terminierung günstiger beziehen kann – ist eine solche Drohung wenig glaubwürdig.¹⁷ Der Festnetzbetreiber mit angeschalteten Teilnehmern verfügt zwar über mehr Optionen zur Durchsetzung von Nachfragemacht, da es aber diesen (Drohungs-)Optionen an Glaubwürdigkeit mangelt, verfügt er dennoch kaum über Nachfragemacht. Das wahrscheinlichste Ergebnis sind Terminierungsentgelte beider Betreiber auf Höhe (zumindest) des Monopolpreises.

d. *Two-way access und gleicher Endkundenmarkt:* Dies entspricht dem Szenario Mobilbetreiber (M1) bezieht Mobilterminierung von Mobilfunkbetreiber (M2). Da die Anbieter im Wettbewerb zueinander stehen, haben die wechselseitig verrechneten Terminierungsentgelte unmittelbare Auswirkungen auf die individuellen Wettbewerbspositionen der Unternehmen. Bei ähnlicher Netzwerkgröße und symmetrischem Verkehr sind die Betreiber M1 und M2 unter bestimmten Umständen indifferent in Bezug auf die Höhe des Terminierungsentgelts. In solchen Fällen können Verhandlungen zu effizienten, reziproken Mobil-Mobil-Terminierungsentgelten führen, sie könnten sich aber auch auf überhöhte (reziproke) Terminierungsentgelte verständigen.

Eine Untersuchung der Verkehrsströme zwischen Mobilfunknetzen (Marktanalyse-Gutachten, Seite 105) zeigt, dass diese zum Teil erhebliche Asymmetrien aufweisen. Vor diesem Hintergrund und ausschließlich auf die Frage der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung fokussierend ist nicht davon auszugehen, dass sich alle fünf Mobilfunkbetreiber auf ein (wohlfahrtsökonomisch) effizientes Preisniveau verständigen würden. Darüber hinaus wäre ein solcherart erreichtes „effizientes“ Marktergebnis nicht auf Verhandlungsmacht, sondern auf die Profitneutralität der Terminierungsentgelte zurückzuführen. Bei asymmetrischem Verkehr ist die Profitneutralität hingegen nicht gegeben. In diesem Fall hat insbesondere der Betreiber mit dem positiven Verkehrssaldo (*net-inflow*) einen hohen Anreiz, die Terminierungsentgelte (zumindest) auf Höhe des Monopolpreises zu setzen; für die weitere Untersuchung wird angenommen, M2 sei der Betreiber mit dem positiven Verkehrssaldo (*net-inflow*). Setzt dieser den Preis auf Höhe des Monopolpreises, ermöglicht ihm dies nicht nur höhere Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, sondern es stärkt darüber hinaus seine Wettbewerbsposition gegenüber dem Konkurrenten (M1) – auch wenn M1 das Terminierungsentgelt ebenfalls auf das Monopolniveau heben sollte – auf anderen Märkten (insbesondere auf dem Endkundenmarkt): Zum einen führen höhere Terminierungsentgelte zu höheren durchschnittlichen Grenzkosten bei den Konkurrenten (*raise rivals cost*); je höher der *out-flow* desto höher sind die durchschnittlichen Grenzkosten bei M1. Zum anderen verfügt M2 auf Grund der höheren Gesamtmarke aus Terminierungsleistungen (bedingt durch den *net-inflow*) über ein höheres „Budget“ für den Wettbewerb um Teilnehmer am Endkundenmarkt (vgl. dazu das Kapitel zu den strukturellen Besonderheiten). Der Nachfrager der Terminierungsleistung, das Unternehmen M1, hat unabhängig von seinem Verkehrssaldo grundsätzlich immer ein Interesse daran, die Kosten für externe Gespräche (und damit seine durchschnittlichen Grenzkosten) niedrig zu halten, da dies einen unmittelbaren Einfluss auf die Wettbewerbsposition gegenüber M2 hat.

Verfügt er aber auch über hinreichend Drohpotenzial, um niedrigere Preise durchzusetzen? Analog zum Festnetzbetreiber mit angeschalteten Teilnehmern hat der Mobilnetzbetreiber M1 zwei Optionen, um Nachfragedruck auszuüben: Zum einen kann er drohen, die Leistung nicht nachzufragen (d.h. die Zusammenschaltung zu verweigern). Dies wäre nur dann eine rationale Strategie, wenn der Schaden durch die Nichterreichbarkeit der Teilnehmer von M2

¹⁷ Allenfalls dann, wenn beide Betreiber die mit dem Terminierungsmonopol verbundenen Renten auf der Endkundenebene abschöpfen könnten, wäre es vorstellbar, dass sie sich auf der Vorleistungsebene gemeinsam auf effiziente Preise (auf Höhe der Kosten) einigen könnten. Aber das wäre nur möglich, wenn auf der Endkundenebene (sowohl im Festnetz- wie im Mobilnetzbereich) Monopolstrukturen vorlägen.

den Nutzen der Verweigerung übersteigt. Dies ist nur dann der Fall, wenn M2 über einen relativ kleinen Kundenstamm verfügt und Betreiber M1 einen Anreiz für *Foreclosure* hat, d.h. von einem Marktaustritt von Betreiber M2 profitiert. Die Verweigerung (bzw. Verzögerung) der Zusammenschaltung wird damit zu einer glaubwürdigen Drohung. Allerdings sind dazu zwei ganz wesentliche Anmerkungen vorzunehmen: Zum einen gilt dies nur, wenn M2 ein sehr kleiner gerade in den Markt eingetretener Betreiber ohne relevanten Kundenstamm ist bzw. für den Zeitraum des Markteintritts.¹⁸ Ist nämlich M2 ein Betreiber mit einem relevanten Kundenstamm stellt die Verweigerung der Zusammenschaltung Betreiber M1 insgesamt schlechter, als würde er die Terminierungsleistung zum Monopolpreis beziehen. Darüber hinaus muss gerade in diesem Zusammenhang hervorgehoben werden, dass die Analyse von möglichen Verpflichtungen in Zusammenhang mit der Zusammenschaltung abstrahiert (siehe unten). Wie wesentlich diese beiden Einschränkungen sind, zeigen die bisherigen Erfahrungen mit kleineren Mobilfunknetzbetreibern. Nicht nur in Österreich konnten diese über Jahre ein höheres Terminierungsentgelt verrechnen als ihre Konkurrenten ohne offensichtlich hinreichendem Nachfragedruck seitens der Konkurrenten ausgesetzt gewesen zu sein. Die zweite Option wäre es, dem Mobilbetreiber (M2) zu drohen, diesem die Terminierungsleistung ebenfalls nur zu überhöhten Preisen (rationalerweise zum Monopolpreis) anzubieten. Zwar kann dies die Position von M1 (über höhere Erlöse aus Terminierung) stärken, ein hinreichender Gegendruck kann damit freilich nicht ausgelöst werden, da es für M2 auf Grund des positiven Verkehrssaldos (*net-inflow*) – unabhängig davon wie M1 den Preis setzt – jedenfalls die profitabelste Strategie ist, den Monopolpreis zu setzen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nur große Mobilfunkbetreiber gegenüber sehr kleinen (neu in den Markt eingetretenen) Mobilfunkbetreibern ohne signifikanten Kundenstamm über ein hinreichendes Drohpotenzial verfügen, um Nachfrageinteressen auch glaubwürdig durchzusetzen (vgl. dazu das dritte der festgestellten Wettbewerbsprobleme).

3.7.3.2. Nachfragevolumen der Zusammenschaltungspartner

Eine Konzentration der nachgefragten Menge auf wenige Kunden fördert die Gegenmacht, da Kunden mit großen Nachfragemengen über ein effektiveres – weil für den Anbieter mit potenziell höheren Erlöseinbussen verbundenes – Drohpotenzial verfügen könnten, mit dem sie eher imstande sind, ihre Preisvorstellungen gegenüber dem Monopolisten durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund soll nunmehr ermittelt werden, auf welche Nachfrager nach Mobilterminierungsleistung dies zutreffen könnte.

Wie eine Untersuchung der Quellen des Terminierungsverkehrs nach Netzarten zeigt (Marktanalyse-Gutachten, Seite 107), ist – abgesehen von H3G – jeder Mobilfunkbetreiber selbst sein wichtigster Zusammenschaltungspartner. Die Hälfte der gesamten Mobilterminierungsminuten stammen aus dem eigenen Netz, 23% stammen von anderen Mobilnetzen, ca. 13% von Telekom Austria, 10% von alternativen Festnetzbetreibern und nur knapp 3% von ausländischen Zusammenschaltungspartnern.

Die größten Nachfrager sind neben den Mobilfunkbetreibern, Telekom Austria, UTA, Tele2 und der Festnetzarm der tele.ring. Nur diese vier Festnetzbetreiber beziehen einen Anteil von mehr als 1% des gesamten Mobilfunkterminierungsverkehrs. Von den vier Festnetzbetreibern ist ein Betreiber (Tele2) ein reiner Verbindungsnetzbetreiber und drei Betreiber (Telekom Austria, tele.ring–Festnetz und Tele2) sind auch am Mobilfunkmarkt tätig

¹⁸ Insbesondere kritisch ist die Verweigerung/Verzögerung der Zusammenschaltung für den Zeitraum des Markteintritts, wenn die Dauer des Markteintritts („*time to the market*“) ein kritischer Faktor für den Geschäftserfolg ist.

bzw. verfügen über Eigentumsverschränkungen mit Mobilfunkanbietern (siehe dazu weiter unten).

Somit lässt sich feststellen, dass nur eine sehr geringe Zahl von (Festnetz-)Betreibern ein Nachfragevolumen von mehr als 1% aufweist und überdies die Mehrzahl dieser Anbieter selbst Mobilfunkbetreiber sind oder aber mit diesen eigentumsrechtlich verflochten.

3.7.3.3. Wesentliche Eigentumsverschränkungen zwischen Nachfragern und Anbietern

Ein Festnetzbetreiber, der eigentumsrechtlich mit einem Mobilfunkbetreiber verbunden ist, wird auf diesen Mobilfunkbetreiber keine oder nur sehr eingeschränkt Nachfragemacht ausüben, da er damit die wettbewerbliche Position des verbundenen Unternehmens bzw. dessen Profitabilität beeinträchtigt. Dies trifft in ganz besonderem Maße auf den Festnetzbetreiber mit der potenziell größten Nachfragemacht (Telekom Austria) im Verhältnis zum größten Mobilfunkbetreiber (Mobilkom) zu. In abgeschwächter Form relevant ist es auch für tele.ring und gegebenenfalls in Zukunft für Tele 2 (wenn das Unternehmen als MVNO in den Markt eintritt).

3.7.3.4. Gesetzliche Verpflichtungen und Regulierungen

Eine wesentliche Voraussetzung für die Bildung nachfrageseitiger Gegenmacht ist, dass der Nachfrager über ein effektives und glaubwürdiges Drohpotenzial verfügt. Eine Drohung ist nur dann glaubwürdig, wenn der Nachfrager auch im Stande ist, diese umzusetzen, sollte der Anbieter den Forderungen nicht nachgeben. In Ermangelung der Möglichkeit zu einem alternativen Anbieter zu wechseln, verbleibt dem Nachfrager die Verweigerung der Zusammenschaltung als eines der wenigen Instrumente zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen. Nach § 48 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze [...] ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen und diese haben das Ziel anzustreben, die Kommunikation zu ermöglichen. Als Zusammenschaltung ist nach § 49 TKG 2003 jedenfalls die Zustellung der Verbindungen oder Datenpakete an den Nutzer des zusammengeschalteten Betreibers zu verstehen. Kommt keine Einigung zustande, kann die Regulierungsbehörde angerufen werden (§ 50 TKG 2003), die ein Zusammenschaltung (subsidiär) anordnen kann. Diese Verpflichtung leitet sich aus dem volkswirtschaftlichen Interesse ab, die Any-to-Any-Erreichbarkeit sicherzustellen und Wettbewerb strukturell abzusichern. Damit werden die Betreiber in ihren Möglichkeiten, die Zusammenschaltung als Instrument zur Durchsetzung von Nachfrageinteressen zu verwenden, stark eingeschränkt und Drohungen in Zusammenhang mit der Zusammenschaltung (z.B. Verweigerung) verlieren an Glaubwürdigkeit. Über diese allgemeine Interoperabilitäts-Verpflichtung hinaus gehen Verpflichtungen in Zusammenhang mit einer (möglichen) zukünftigen marktbeherrschenden Stellung auf den relevanten Zusammenschaltungsmärkten (insbesondere auf den Terminierungsmärkten). An dieser Stelle ist nicht beurteilbar, welche Betreiber auf diesen Märkten als marktbeherrschend eingestuft werden und welche Verpflichtungen diesen in der Folge auferlegt werden. Sollte die Telekom-Control-Kommission aber Betreiber als marktbeherrschend auf ihren Terminierungsmärkten einstufen und ihnen weitergehende Verpflichtungen (insbesondere Preiskontrolle) auferlegen, verlieren diese ihre (potenzielle) Nachfragemacht – vor allem auch gegenüber kleinen Unternehmen.

Es lässt sich sohin festhalten, dass die Verpflichtung zur Interoperabilität sowie (mögliche) zukünftige Verpflichtungen des Nachfragers in Zusammenhang mit einer marktbeherrschenden Stellung auf Zusammenschaltungsmärkten die Nachfragemacht wesentlich einschränken.

Zusammenfassend ist wie folgt festzuhalten: Ein Nachfrager hat nur dann Verhandlungsmacht, wenn er über ein glaubwürdiges und effektives Drohpotenzial verfügt, d.h. wenn er

ein erhebliches Nachfragevolumen auf sich konzentriert und dem Anbieter gegenüber glaubwürdig androhen kann, dieses zu reduzieren, sollte der Anbieter den Forderungen nach einem niedrigeren Preis nicht nachgeben. Die Drohung, die Leistung von einem anderen Anbieter zu beziehen oder sie selbst zu produzieren, ist die effektivste und glaubwürdigste im Zusammenhang mit Nachfragemacht. Diese steht allerdings einem Nachfrager von Terminierungsleistungen auf der Vorleistungsebene nicht zur Verfügung, was seine Verhandlungsmacht ganz erheblich einschränkt.

Wie sich zeigt, verfügen einzig große Mobilfunkbetreiber gegenüber sehr kleinen (gerade in den Markt eingetretenen) Konkurrenten über ein glaubwürdiges Drohpotenzial zur Durchsetzung von Nachfragemacht. Dies begründet sich auf der Drohung, die Zusammenschaltung zu verweigern (verzögern, etc.). Diese Drohung ist allerdings nur dann glaubwürdig, wenn es keine Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung gibt (was aber wiederum Ursache für andere Wettbewerbsprobleme wie *Foreclosure* sein kann). Darüber hinaus beschränkt sich das Potenzial für Nachfragemacht auf den sehr kurzen Zeitraum des Markteintritts. Sobald ein Betreiber über eine signifikante Teilnehmerbasis verfügt, ist die Verweigerung der Zusammenschaltung mit diesem nicht mehr rational und damit deren Androhung unglaubwürdig.

Praktisch über keine Verhandlungsmacht verfügen Verbindungsnetzbetreiber im Festnetz (*one-way access*).

Festnetzanbieter, die selbst Terminierungsleistungen anbieten, haben zwar mehr Optionen zur Durchsetzung von Nachfragemacht zur Hand als Verbindungsnetzbetreiber, allerdings sind auch deren Möglichkeiten zur Ausübung von Nachfragedruck beschränkt. Darüber hinaus verfügt nur ein kleiner Teil der Festnetzbetreiber über ein Nachfragevolumen von mehr als 1% der gesamten Mobilfunkterminierungsleistungen. Ebenfalls zu erwähnen ist auch die Eigentumsverschränkung zwischen dem Festnetzbetreiber mit der potenziell größten Nachfragemacht (Telekom Austria) im Verhältnis zum größten Mobilfunkbetreiber (Mobilkom).

Im Weiteren zeigte sich, dass zunächst die bestehende Interoperabilitäts-Verpflichtungen – §§ 22, 48 TKG 2003 – die Möglichkeit zur Durchsetzung nachfrageseitiger Gegenmacht entscheidend einschränkt, da die Drohung der Nichtzusammenschaltung nicht aufrecht erhalten werden kann. Insofern einzelne Betreiber des Fest- oder Mobilbereichs als marktbeherrschend für Terminierungsleistungen eingestuft und einer Entgeltregulierung unterworfen werden, gehen sie schließlich der nachfrageseitigen Gegenmacht (so schwach diese auch sein mag) gänzlich verlustig.

Im Ergebnis – und unter Berücksichtigung der allgemeinen Verpflichtungen zur Zusammenschaltung sowie zur Gewährleistung der Interoperabilität – ist aus ökonomischer Sicht festzuhalten, dass die nachfrageseitige Verhandlungsmacht keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum auszuüben vermag.

3.8. Wettbewerbsprobleme aus ökonomischer Sicht:

Folgende potentielle Wettbewerbsprobleme im Zusammenhang mit der Mobilterminierungsleistung in das Netz der Verfahrenspartei waren für den Fall der Nicht-Regulierung zu identifizieren:

1. Wettbewerbsproblem 1:

Allokative Marktverzerrungen auf Grund überhöhter Terminierungsentgelte (d.h. Entgelten über den Kosten) für Anrufe von Festnetzen ins Mobilnetz; die überhöhten Terminierungsentgelte führen – da die Terminierungsentgelte direkten Einfluss auf

die variablen Kosten eines Festnetzbetreibers haben – zu aus wohlfahrtsökonomischer Sicht überhöhten (Endkunden-)Preisen (und damit zu geringen Outputmengen) für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze.

Dieses Wettbewerbsproblem ist aus ökonomischer Sicht das Wesentlichste.

2. Wettbewerbsproblem 2:

Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls*.

3. Wettbewerbsproblem 3:

Gefahr von *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern (*Greenfielder*, MVNOs) durch Zusammenschaltungsverweigerung, überhöhte Terminierungsentgelte, Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls* oder andere nichtpreisliche Taktiken (*raise rival's cost*); damit in Zusammenhang steht die Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene. Auf Grund der Tatsache, dass die Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Quersubventionierungen von *on-net-Tarifen* aus Übergewinnen aus Terminierungsleistungen.

4. Wettbewerbsproblem 4:

Unter Umständen *Foreclosure-Strategien* gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von *Virtual Private Networks*) bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen. Diese wird nicht zuletzt durch die ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für *on-net calls* und jenen, die für *off-net calls* verrechnet werden, verstärkt. Auf Grund der Tatsache, dass die Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Quersubventionierungen von *on-net-Tarifen* aus Übergewinnen aus Terminierungsleistungen.

4. Zu den Regulierungsinstrumenten aus ökonomischer Sicht

Da die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte resistente Monopolmärkte sind – und auch bei „Markteintritt“ eines weiteren Mobilfunkanbieters bleiben –, kann das primäre Ziel der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten nicht die Förderung von Wettbewerb auf den Terminierungsmärkten selbst sein, sondern die Beseitigung der identifizierten vier Wettbewerbsprobleme mit ihren nachteiligen Auswirkungen für den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten, insbesondere aber für die Endnutzer.

Alle vier identifizierten Wettbewerbsprobleme – insbesondere aber die allokativen Verzerrungen – werden durch überhöhte Terminierungsentgelte hervorgerufen. Ein Regulierungsinstrument ist daher aus ökonomischer Sicht primär dann „effektiv“, wenn es in hinreichendem Maße den Preis beeinflussen kann. Von sekundärer Bedeutung – allerdings dennoch relevant – sind auch „nichtpreisliche“ anti-kompetitive Strategien des marktbeherrschenden Unternehmens. Dem marktbeherrschenden Unternehmen stehen neben dem Preis auch eine Reihe anderer Instrumente zur Verfügung, um den Wettbewerb einzuschränken. So könnte es seinen Mitbewerbern am nachgelagerten Markt das Produkt Terminierung in einer schlechteren Qualität zur Verfügung stellen, den Zugang zu bestimmten notwendigen Informationen verwehren, die Zusammenschaltung verweigern bzw. verzögern oder unangemessene Vertragsbedingungen festlegen und damit die Kosten des Mitbewerbers erhöhen (*raise rival's cost*). Insbesondere dann, wenn ein kostenorientierter Zugangspreis festgelegt wird, ist davon auszugehen, dass das

marktmächtige Unternehmen versuchen wird, seine Gewinne durch solche „nichtpreisliche“ Verhaltensweisen zu erhöhen.¹⁹ Dies ist vor allem relevant in Zusammenhang mit dem aufgezeigten Foreclosure-Problem. In der Folge wird bei der Beurteilung der Regulierungsinstrumente zwischen „preislichen“ und „nichtpreislichen“ Aspekten der identifizierten Wettbewerbsprobleme differenziert.

4.1. Transparenzverpflichtung

Grundsätzlicher Zweck einer Transparenzverpflichtung ist es, die vertikale Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) zu verbessern und damit Transaktionskosten (wie z.B. Suchkosten) zu senken bzw. den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren. Nur wenn die Nachfrager der (Vor-)Leistung hinreichend über alternative Angebote (Preise) informiert sind, können Wettbewerbskräfte wirksam werden.²⁰ Die ökonomische Theorie zeigt, dass auf Märkten mit imperfekten Informationen (z.B. Informationsasymmetrien) ineffiziente Marktergebnisse nicht auszuschließen sind. Die wettbewerbsfördernde Wirkung einer Stärkung der Markttransparenz lässt sich aber nicht nur auf den Parameter Preis reduzieren. Insbesondere dann, wenn eine Zugangspreisregulierung existiert und Unternehmen einen Anreiz haben, auf „nichtpreisliche“ Aktionsparameter auszuweichen, kann die Transparenzverpflichtung in Zusammenhang mit anderen Verpflichtungen wie z.B. der Nichtdiskriminierungsverpflichtung (in Form eines Standardzusammenschaltungsangebots) ein wirkungsvolles Instrument sein, um solche „nichtpreislichen“ Taktiken zu erschweren.²¹ Darüber hinaus kann die Transparenzverpflichtung eingesetzt werden, um die Regulierungsbehörde beim Monitoring von (möglichem) antikompetitiven Verhalten zu unterstützen. Das wesentlichste ökonomische Argument gegen die Auferlegung einer Transparenzverpflichtung leitet sich aus der Oligopoltheorie ab, die jedoch für den vorliegenden Markt kaum eine Rolle spielen.

Für die Beurteilung der Effektivität dieses Instruments ist die Frage zu stellen, ob die Transparenzverpflichtung (alleine) einen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens, insbesondere aber auf den Preis hat und wenn ja, welchen. Aus ökonomischer Sicht ist die erste Frage zu verneinen. Eine notwendige Voraussetzung dafür wäre, dass ein Nachfrager auf der Vorleistungsebene die Leistung von mehr als einem Anbieter beziehen kann: Nur dann, wenn zumindest ein Substitut existiert, kann sich – unterstützt durch eine verbesserte Markttransparenz – (Preis-)Wettbewerb entwickeln. Das ist bei der Monopoleistung Mobilterminierung nicht der Fall, so dass eine Transparenzverpflichtung (auf der Vorleistungsebene) alleine nicht geeignet ist, um den identifizierten Wettbewerbsproblemen (insbesondere aber dem Problem überhöhter Preise) zu begegnen.²²

Vor diesem Hintergrund ist die Transparenzverpflichtung primär als Hilfsinstrument für andere Verpflichtungen zu sehen. Für den vorliegenden Zusammenhang relevant ist dabei vor allem die Unterstützung der Gleichbehandlungsverpflichtung. Um eine solche effektiv zu gestalten, ist es erforderlich, dass die Nachfrager hinreichend Informationen über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten.²³ Im Bereich der Telekommunikationsregulierung hat sich dabei das Instrument des Standardzusammenschaltungsangebots etabliert. Dieses Instrument ist gesetzlich als

¹⁹ Vgl. ERG (2004, S. 77-80).

²⁰ Die wettbewerbsliche Wirkung der vertikalen Markttransparenz – ist im Gegensatz zur horizontalen Transparenz – eindeutig positiv.

²¹ Vgl. dazu auch ERG (2004 S. 47 ff)

²² Es ist wohl insgesamt zu bezweifeln, dass es sehr viele Wettbewerbsprobleme gibt, die mit einer Transparenzverpflichtung alleine beseitigt werden könnten. Vgl. dazu auch ERG (2004, S. 47 ff).

²³ Vgl. dazu auch ERG (2004, S. 48).

mögliche Vorab-Verpflichtung in Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgebot normiert und wird an anderer Stelle erörtert.

Die Transparenzverpflichtung alleine ist nicht geeignet, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Das Instrument dient allenfalls als Hilfsinstrument im Zusammenspiel mit der Gleichbehandlungsverpflichtung, um dieses Instrument effektiver zu gestalten.

4.2. Getrennte Buchführung

Das Instrument der getrennten Buchführung dient dazu, innerbetriebliche Aufwendungen, Kosten und Erlöse zwischen unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen für die Regulierungsbehörde transparent zu machen, um so gegebenenfalls Quersubventionierung und Diskriminierung zwischen interner Bereitstellung (interner Transferpreis) und externem Verkauf (für die Regulierungsbehörde) erkennbar zu machen.²⁴ Getrennte Buchführung alleine, wie auch in Kombination mit der Transparenzverpflichtung, ist aus ökonomischer Sicht nicht geeignet, die genannten Wettbewerbsprobleme zu adressieren.

Analog zur Transparenzverpflichtung ist auch hier die Frage, ob die Verpflichtung zur getrennten Buchführung alleine (bzw. in Verbindung mit Transparenzverpflichtung) einen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens auf seinem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt, insbesondere aber auf den Preis hat, zu verneinen.

Das Instrument der getrennten Buchführung alleine bzw. in Zusammenspiel mit der Transparenzverpflichtung ist nicht geeignet, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Das Instrument kann auf dem vorliegenden Markt allenfalls als Hilfsinstrument zur Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder gegebenenfalls auch der Preiskontrolle (zur Erhebung von Kostendaten) eingesetzt werden.

4.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs/der Zusammenschaltung („*denial of access*“) zu verhindern und – wenn eine bestimmte Zugangsvariante noch nicht existiert – die Bedingungen des Zugangs/der Zusammenschaltung (das Vorleistungsprodukt) zu spezifizieren. Zu diesem Zweck enthält § 41 TKG 2003 detaillierte Bestimmungen darüber, welche Verpflichtungen bezüglich Zugang einem Unternehmen auferlegt werden können (technische Schnittstellen, Kollokation, etc.).

Die Zugangsverpflichtung ist aus ökonomischer Sicht ein wirksames Instrument, um die generelle Verweigerung der Zusammenschaltung abzustellen bzw. um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern und wäre daher auch im Zusammenhang mit der Terminierungsleistung (insbesondere vor dem Hintergrund des drittgenannten Wettbewerbsproblems „Foreclosure“) aufzuerlegen.

Vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung (Sicherstellung der Any-to-any-Erreichbarkeit) ist eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung jedenfalls als verhältnismäßig zu betrachten. Gerade im Bereich der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen überwiegen – nicht zuletzt auf Grund der Existenz von

²⁴ Vgl. dazu auch ERG (2004, S. 49 ff).

Netzwerkexternalitäten²⁵ – klar die Effizienzgewinne durch Interoperabilität.²⁶ Zwar ist bei Vorliegen hoher Netzwerkeffekte, wie das im Bereich der Telekommunikation der Fall ist, in der Regel davon auszugehen, dass alle Betreiber ein Interesse daran haben, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu eröffnen (Gans & King 1999, S. 9ff), allerdings kann Nichtkompatibilität (Verweigerung der Zusammenschaltung) auch als strategisches Instrument zur Beschränkung von Wettbewerb gegenüber kleineren neu in den Markt eintretenden Betreibern (z.B. MVNOs) eingesetzt werden.²⁷

Die Gefahr von Foreclosure-Strategien – deren extremste Form die Zugangsverweigerung ist – gegenüber Neueinsteigern wurde bereits als Wettbewerbsproblem festgestellt. Solche Foreclosure-Strategien müssen sich nicht auf die Verweigerung der Zusammenschaltung beschränken, sie können auch in Form von Verzögerungstaktiken, inferiorer Qualität des Vorleistungsprodukts, Verweigerung des Zugangs zu Informationen und Vorsystemen etc. erfolgen. Wie bereits ausgeführt, hat das marktbeherrschende Unternehmen einen (ökonomischen) Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer Zugangspreisregulierung (Zugangspflicht und Preisregulierung) unterliegt. In diesem Fall wird das marktbeherrschende Unternehmen versuchen, die Marktposition bzw. die Kosten (potenzieller) Mitbewerber auf nachgelagerten Märkten durch „nichtpreisliche“ Strategien negativ zu beeinflussen („raise rival's cost“). Aus diesem Grund sehen die Bestimmungen des § 41 TKG 2003 vor, dass die Regulierungsbehörde spezifische Zugangsverpflichtungen auferlegen kann, die dazu dienen, das Vorleistungsprodukt hinreichend „brauchbar“ für die Nachfrager zu spezifizieren, um so nichtpreisliche Taktiken zu unterbinden.²⁸ Das wesentlichste ökonomische Argument gegen eine Zugangsverpflichtung ist in Zusammenhang mit Effizienzgewinnen von exklusiven Verträgen bei Gütern mit hohen Transaktionskosten (z.B. *asset specificity*) zu sehen. Aber gerade dies ist bei der Zusammenschaltung aus oben genannten Gründen nicht der Fall, so dass eine Zugangsverpflichtung in Form einer Zusammenschaltungsverpflichtung jedenfalls als verhältnismäßig zu bewerten ist.

Eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung auf Basis des § 41 TKG 2003 beschränkt sich primär auf „nichtpreisliche“ Aspekte. Damit aber ist – analog zur Transparenzverpflichtung – diese Verpflichtung alleine bzw. im Zusammenspiel mit den vorher genannten Verpflichtungen (Transparenz, getrennte Buchführung) nicht geeignet, alle identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

Zusammenfassend ist aus ökonomischer Sicht festzuhalten, dass vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Zusammenschaltung (Effizienzgewinne durch die Any-to-any-Erreichbarkeit) und vor dem Hintergrund der Tatsache, dass etablierte Betreiber einen Anreiz haben, Foreclosure-Strategien (Verweigerung, Verzögerung, etc.) gegenüber Neueinsteigern zu betreiben, ist eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung jedenfalls als verhältnismäßig zu betrachten. Eine Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 alleine bzw. zusammen mit den vorher genannten Verpflichtungen (Transparenz, getrennte Buchführung) ist jedoch nicht geeignet, den „preislichen Aspekten“ der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu begegnen.

²⁵ Netzwerkeffekte liegen vor, wenn der Nutzen für den einzelnen Konsumenten mit der Größe des Netzwerks (Zahl der Teilnehmer) steigt. Der Nutzen eines Telekommunikationsnetzes mit einem Teilnehmer ist praktisch Null.

²⁶ Zu den Effizienzgewinnen zählen neben der (direkten) Ausschöpfung von nachfrageseitigen Größenvorteilen (Netzwerkexternalitäten), die (indirekte) Ausschöpfung von Größenvorteilen auf der Anbieterseite (z.B. Endgeräteproduktion), Verringerung von Substitutions- und Wechselkosten, Verringerung von Transaktionskosten und eine Intensivierung von tatsächlichem und potenziellem Wettbewerb (Knorr, 1993, S. 36 ff; Tirole, 2000, S. 405 ff).

²⁷ Katz & Shapiro (1985) zeigen, dass größere Unternehmen bei Vorliegen von Netzwerkeffekten unter bestimmten Umständen einen Anreiz haben, durch Inkompatibilität Marktmacht auszubauen.

²⁸ Zu „nichtpreislichen“ Aspekten vgl. ERG (2004, S. 94 ff).

4.4. Gleichbehandlungsverpflichtung

Die Gleichbehandlungsverpflichtung dient dazu, die Diskriminierung zwischen unterschiedlichen Abnehmern einer Leistung zu verhindern. Im vorliegenden Kontext zu unterscheiden ist zwischen:

- Diskriminierung in Bezug auf den Parameter Preis (Preisdiskriminierung)
- Diskriminierung in Bezug auf andere Parameter als den Preis (Qualitätsdiskriminierung)

Qualitätsdiskriminierung

Wie bereits zur Zugangsverpflichtung ausgeführt, hat das marktbeherrschende Unternehmen – vor allem wenn eine Zugangspreisregulierung existiert – einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven (Diskriminierungs-)Praktiken. Eine Verpflichtung, die geeignet ist, einer Reihe solcher „nichtpreislichen“ Wettbewerbsprobleme insbesondere aber unterschiedlichen Formen der Qualitätsdiskriminierung zu begegnen, ist die Gleichbehandlungsverpflichtung. Mit dieser Verpflichtung kann sichergestellt werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Vorleistungsprodukt allen Abnehmern mit derselben Qualität anbietet wie sich selbst.²⁹ Darüber hinaus kann eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes zur Konkretisierung bzw. Operationalisierung der Zugangsverpflichtung auferlegt werden. Dies ist insbesondere bei relativ komplexen Produkten sinnvoll, da ohne ein solches Standardangebot – insbesondere für kleinere Nachfrager – signifikante Transaktionskosten im Rahmen von Zusammenschaltungs-Verhandlungen anfallen können.

Vor diesem Hintergrund wäre zur Sicherstellung der Effektivität der Regulierung aus ökonomischer Sicht grundsätzlich eine Gleichbehandlungsverpflichtung (sowohl internes wie externes Diskriminierungsverbot) sowie eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes erforderlich. Der Vorteil einer solchen Verpflichtung liegt neben der effektiven Beseitigung von Diskriminierungspraktiken auch in der Reduktion von Transaktionskosten (insbesondere für kleinere Nachfrager). Da es in Zusammenhang mit Diskriminierung auch Effizienzgewinne³⁰ geben kann, hat eine solche Verpflichtung auch potenziell Nachteile, die bei der Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigen wären. Allerdings kann eine solche Beurteilung in der Regel – v.a. bei neuartigen Sachverhalten – nur im konkreten Einzelfall vorgenommen werden, so dass hier Generalität vor Spezifität zu stellen ist (vgl. dazu Prinzip 1 der vier noch zu erwähnenden Prinzipien der ERG im Zusammenhang mit der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten; ERG, S. 57ff). Damit gewährleistet ist, dass im Anwendungsfall (z.B. Streitschlichtung) dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit gefolgt wird, erscheint es jedenfalls zweckmäßig, die Verpflichtung insofern einzuschränken, als dass das marktbeherrschende Unternehmen von der Gleichbehandlungsverpflichtung abweichen kann, wenn

- die Umstände dies rechtfertigen oder
- eine Andersbehandlung keine materiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb hat.

Preisdiskriminierung

²⁹ Zu „nichtpreislichen“ Aspekten vgl. ERG (2004, S. 94 ff).

³⁰ Z.B. wenn durch Produktdifferenzierung heterogene Präferenzen der Konsumenten befriedigt werden.

Neben der „nichtpreislichen“ Dimension der Nichtdiskriminierungsverpflichtung ist die Gleichbehandlungsverpflichtung auch in Bezug auf den Parameter Preis zu beurteilen. In Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind folgende Fälle zu unterscheiden:

- (a) Der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Festnetzbetreibern
- (b) Der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Mobilfunkbetreibern
- (c) Der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen Festnetz- und Mobilfunkbetreibern
- (d) Der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen sich und anderen Abnehmern der Leistung (Festnetzbetreiber und Mobilfunkbetreiber)

Im Falle von (a) und (b) kann eine Preisdiskriminierung zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem (nachgelagerten) Endkundenmarkt führen. Besonders relevant ist Fall (a), da der Anreiz einer solchen Preisdiskriminierung vor allem in Zusammenhang mit verbundenen Unternehmen und strategischen Partnerschaften gegeben ist. Vor diesem Hintergrund ist ein „externes Diskriminierungsverbot“³¹ in Bezug auf den Preis jedenfalls für die Fälle (a) und (b) dann sinnvoll, wenn das marktbeherrschende Unternehmen in der Lage sein sollte (externe) Preisdiskriminierung zu betreiben. Dies hängt nicht zuletzt von einer etwaigen Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 (Preiskontrolle) bzw. deren Ausgestaltung ab. Analog zur Qualitätsdiskriminierung hat auch die Preisdiskriminierung potenziell Effizienzvorteile (z.B. in Zusammenhang mit Mengenrabatten). Daher ist es – analog zur Qualitätsdiskriminierung – zweckmäßig, den Diskriminierungstatbestand einzuschränken (gleichartige Umstände, materielle Auswirkungen auf den Wettbewerb). Das externe (Preis-)Diskriminierungsverbot (Fälle a bis c) alleine bzw. in Zusammenspiel mit den vorher untersuchten Maßnahmen (Zugangspflicht, Transparenzpflicht und Verpflichtung zur getrennten Buchführung) ist allerdings nicht geeignet, die allokativen Verzerrungen zu beseitigen, da durch eine solche Verpflichtung der Preissetzungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens nicht eingeschränkt wird. Eine solche Verpflichtung gewährleistet lediglich, dass alle Abnehmer die Leistung zum selben (u.U. überhöhten) Preis beziehen und damit ein „level-playing-field“ für den Wettbewerb auf den jeweiligen Endkundenmärkten garantiert ist.

Potenziell mehr Einfluss auf die Höhe der (externen) Terminierungsentgelte und damit eine mögliche Alternative zur Preiskontrolle/Kostenorientierung ist ein „internes/externes Diskriminierungsverbot“ gemäß Fall (d); eine Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens, allen externen Abnehmern die Leistung zum selben Preis anzubieten wie dem eigenen Retail-Arm. Für die Ermittlung des internen Transferpreises gäbe es dabei zwei mögliche Ansatzpunkte:

- (a) Eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung
- (b) Die Anwendung eines Margin-Squeeze-Tests auf Basis der Endkundenpreise

Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch für externe Transaktionen auferlegt werden könnten. Eine solche Vorgangsweise ist allerdings aus mehreren Gründen problematisch:

Erstens würden allenfalls die beiden letztgenannten Wettbewerbsprobleme – die im Kern Diskriminierungsprobleme sind – adressiert werden können, nicht aber die (bedeutsameren)

³¹ D.h. ein Diskriminierungsverbot zwischen unterschiedlichen externen Abnehmern der Leistung, nicht aber zwischen externen Abnehmern und dem vertikal integrierten Unternehmen (dem eigenen Retail-Arm) selbst.

allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte. Dies deswegen, weil das regulierte Unternehmen einen gewissen Spielraum in Bezug auf die Zuordnung von Kosten und Erlösen zu den relevanten Geschäftsfeldern hat und – da es einen ökonomischen Anreiz gibt – die Gefahr besteht, dass überhöhte Transferpreise ausgewiesen werden.³²

Zweitens ist nicht davon auszugehen, dass die Verpflichtung zur getrennten Buchführung ausreicht, um die für die Festlegung des Preises notwendigen Informationen in dem erforderlichen Detailgrad (auf Produktebene) transparent zu machen.

Drittens ist in diesem Zusammenhang generell die Frage aufzuwerfen, was ein nicht-diskriminierender interner Transferpreis eines vertikal integrierten Unternehmens sein kann. Aus theoretischer Sicht können das wohl nur die (Grenz-)Kosten sein, so dass viertens – damit in Zusammenhang stehend – ein von der Regulierungsbehörde vorgeschriebenes Schema zur getrennten Buchführung, das in Verbindung mit dem Nichtdiskriminierungsverbot geeignet wäre, alle Wettbewerbsprobleme effektiv zu begegnen überschießend wäre, da dieses Instrument im Ergebnis auf eine Preiskontrolle (im Sinne kostenorientierter Entgelte) gemäß § 42 TKG 2003 hinausliefe und dieser Verpflichtung ihren Sinn nehmen würde.³³ Vor diesem Hintergrund ist die Gleichbehandlungsverpflichtung in Verbindung mit der getrennten Buchführung entweder als nicht hinreichend effektives Instrument zur Beseitigung der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu werten oder die Verpflichtung wird derart weit und überschießend interpretiert, dass sie letztlich einer Entgeltkontrolle nach § 42 TKG 2003 entspricht.

Weiters zu prüfen ist auch die Anwendung des Diskriminierungsverbots als (teilweises) Instrument gegen einen *margin squeeze*. Ausgehend von den Endkundertarifen könnte der Vorleistungspreis so festgesetzt werden, dass für den externen Abnehmer der Leistung kein *margin squeeze* in Relation zum Endkundenpreis des Verkäufers auftritt. Dabei könnte z.B. der Preis von on-net-Tarifen als Basis gewählt werden und der interne Transferpreis durch Subtraktion von Retail- und Originierungskosten vom on-net-Tarif ermittelt werden. Es wurde bereits auf das deutliche Gefälle zwischen den Terminierungsentgelten, die für Gespräche aus anderen Netzen in Mobilnetze zu zahlen sind und den impliziten Terminierungsentgelten für netzinterne Gespräche hingewiesen. In diesem Sinne ist also die Frage zu stellen, ob diese „impliziten Terminierungsentgelte“ als Basis für eine Preisregulierung herangezogen werden könnten. Abgesehen von den weiter unten ausgeführten grundsätzlichen Problemen mit dem Ansatz des *Margin-squeeze-Tests*, birgt die Anknüpfung an die on-net-Tarife das Risiko einer Kostenunterdeckung der Terminierungsentgelte; es ist evident, dass die on-Net-Tarife ein sehr niedriges Niveau haben (z.T. sogar 0 €c). Problematisch dabei ist auch die Gleichsetzung des variablen Anteils von (in der Regel) zweistufigen Endkundertarifen mit dem einstufigen Tarifschema der Terminierungsentgelte. Das in Relation Setzen von Terminierungsentgelten mit on-net-Tarifen ist zwar gut geeignet, um etwaige Verzerrungen der Preisstrukturen zu enthüllen, als Instrument zur Regulierung von Terminierungsentgelten ist es jedoch aus oben genannten Gründen abzulehnen.

Um dem Problem der Kostenunterdeckung zu begegnen, könnte anstelle der on-net-Tarife das gesamte Endkundertarifbündel als Basis herangezogen werden.

Eine solche Ermittlungsmethode entspricht dann im Wesentlichen dem Konzept *Retail Minus* (bzw. *Efficient Component Pricing, ECPR*): Von den Retail-Erlösen werden die Retailkosten sowie alle anderen Vorleistungskosten bis auf die für die Leistung Terminierung notwendigen

³² Da es mangels marktbeherrschender Stellung auf dem Mobilfunkendkundenmarkt kein Quersubventionierungsverbot gibt, müssen die Endkundenentgelte auch nicht kostendeckend sein, so dass überhöhte interne (Schein-)Vorleistungspreise keine regulatorischen Konsequenzen hätten.

³³ In diesem Fall müsste die Behörde Regeln zur Berechnung des internen Transferpreises vorschreiben, die im Ergebnis auf Ermittlung der Kosten der entsprechenden Leistung hinauslaufen würden.

abgezogen. Im Fall, dass das Unternehmen keine supra-normalen Profite erwirtschaftet, müsste der so ermittelte Transferpreis den Kosten der Terminierung entsprechen. Wie ausgeführt wird, ist das Preisermittlungsverfahren *Retail Minus jedoch* nicht geeignet, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Darüber hinaus ist der Ansatz aus einer Reihe weiterer Gründe zu problematisieren: Erstens ist der kalkulatorische Aufwand zumindest so hoch, als würde man die Kosten der Terminierung direkt ermitteln (neben den Retailkosten wären auch die Originierungskosten und die Kosten sämtlicher relevanter Vorleistungen zu ermitteln). Zweitens setzt die Beseitigung aller Wettbewerbsprobleme voraus, dass der so ermittelte interne Transferpreis den Kosten der Terminierung entspricht. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn eine Reihe von Bedingungen (z.B. perfekt kompetitiver Retail-Bereich, ökonomische Nullgewinne, keine Quersubventionierung mit anderen Bereichen wie International Roaming) erfüllt sind, wovon a priori nicht ausgegangen werden kann. Drittens birgt die Ankoppelung der Terminierungsentgelte an Retail-Preise die Gefahr, dass anti-kompetitive Effekte auf den Retailmarkt übertragen werden: der marktbeherrschende Anbieter hätte bei jeder Preisentscheidung auf dem Retailmarkt auch die Auswirkungen auf die Terminierungsentgelte mit in Betracht zu ziehen; dabei sind negative Auswirkungen auf den Wettbewerb am Endkundenmarkt nicht auszuschließen. Viertens entspricht das aus regulatorischer Sicht bestmöglich zu erzielende Ergebnis den Kosten der Terminierung, so dass unter Berücksichtigung aller Risiken die direkte Ermittlung der Terminierungskosten auf Basis einer Entgeltkontrolle gemäß § 42 TKG 2003 wohl klar verhältnismäßiger ist. Vor diesem Hintergrund ist eine Gleichbehandlungsverpflichtung in Bezug auf den Parameter Preis für den Typ (d) (interne/externe Diskriminierung) abzulehnen und sollte auf die Typen (a) bis (c) (externe Diskriminierung) eingeschränkt werden.

4.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

Auf Basis einer solchen Verpflichtung kann – bei korrekter Anwendung – der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden. Die Maßnahme ist daher grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen (überhöhten Preise) in Zusammenhang mit den beiden erstgenannten Wettbewerbsproblemen wie auch die Diskriminierungs-/Quersubventionierungsprobleme in Bezug auf den Preis (Wettbewerbsproblem 3 und 4) zu beseitigen; der effiziente Zugangspreis stellt sicher, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (insbesondere von on-net-Tarifen) eingesetzt werden könnten bzw. die Terminierungsleistung ihrerseits auch nicht quersubventioniert werden muss. Eine solche Verpflichtung entspricht – Prinzip 1 der ERG folgend – auch der Natur des wesentlichsten der in der Wettbewerbsanalyse identifizierten Wettbewerbsprobleme, nämlich dem Problem „überhöhter Entgelte“.³⁴

Für die Ausgestaltung der Entgeltkontrolle sind aus ökonomischer Sicht grundsätzlich drei Optionen denkbar:

- (a) Unmittelbare Festlegung der Terminierungsentgelte durch die Regulierungsbehörde im gegenständlichen Verfahren
- (b) Verpflichtung zur Ex-ante-Genehmigung von Terminierungsentgelten
- (c) Verpflichtung zur Kostenorientierung und Preisregulierung im Anlassfall

Im Rahmen der Option (a) werden die Entgelte im Zuge dieses Marktanalyse-Verfahrens festgelegt. Im Rahmen der Option (b) wird das regulierte Unternehmen verpflichtet, die Entgelte von der Regulierungsbehörde genehmigen zu lassen (z.B. im Zuge der Genehmigung eines Standardzusammenschaltungsangebots). In beiden Fällen wird der Preisgestaltungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens und der Spielraum für

³⁴ Vgl. dazu auch ERG (2004, S. 114 ff).

privatautonome Vereinbarungen wesentlich eingeschränkt. Im Rahmen der dritten Option (Option (c)) wird das marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet, einen bestimmten Preismaßstab (z.B. Kostenorientierung) einzuhalten. Eine behördenseitige Anordnung der Entgelte erfolgt nur im Anlassfall, subsidiär, falls keine privatrechtliche Einigung zwischen Zusammenschaltungspartnern zu Stande kommt oder seitens der Behörde der begründete Verdacht besteht, dass die Entgelte von dem vorgegebenen Maßstab abweichen.

Für die Festlegung des Terminierungsentgeltes ist eine Preisermittlungsmethode anzuwenden. In diesem Zusammenhang sind folgende Ansätze möglich:

1. kostenorientierte Entgelte
2. ECPR (*Efficient Component Pricing*)
3. Benchmarking (Vergleichspreise)

Im Lichte der identifizierten Wettbewerbsprobleme und dem ERG-Prinzip 2 folgend ist eindeutig der ersten Methode (kostenorientierte Entgelte) der Vorzug zu geben:³⁵ Kostenorientierte Preise sind am verhältnismäßigsten in Situationen, in denen das marktmächtige Unternehmen überhöhte Preise verrechnen kann und die Marktmacht nicht längerfristig durch Wettbewerbskräfte eingeschränkt wird. Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte sind – und bleiben auch durch den Markteintritt eines weiteren Mobilfunkanbieter – resistente Monopolmärkte.

ECPR-Preise wären vor allem dann verhältnismäßig, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs zu rechnen wäre. ECPR-Preise werden ermittelt durch die Kosten der Leistung zuzüglich jener Opportunitätskosten, die dem marktmächtigen Unternehmen entstehen, wenn es die Leistung einem Mitbewerber auf der Endkundenebene anbietet. Unter bestimmten Bedingungen reduziert sich ECPR auf *Retail minus* (Endkundenpreis minus Retail-Kosten). Dieser Ansatz ist nicht unbedingt geeignet, überhöhte Zugangspreise auf ein kostenorientiertes Niveau zu bringen und daher eben primär für Märkte relevant, auf denen überhöhte Preise in absehbarer Zeit durch sich entwickelnden selbsttragenden Wettbewerb eliminiert werden (Prinzip 3).³⁶

Im Rahmen der dritten Preissetzungsmethode, dem *Benchmarking*, erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. Für einen solchen Vergleich können die Preise von nationalen und internationalen Märkten mit vergleichbaren Leistungen herangezogen werden. Der größte Nachteil dieser Methode liegt darin, dass die Fehlerwahrscheinlichkeit relativ hoch sein kann, insbesondere wenn erhebliche Unterschiede zu den Leistungen, die für den Vergleich herangezogen werden (Unterschiede in den Kosten, in der Netzauslastung, in der Technologie, im länderspezifischen Preisniveau, etc.) existieren.

Benchmarking als Preisermittlungsmethode wird man vor allem einsetzen:

- Wenn der Implementierungsaufwand im Zusammenhang mit den vorher genannten Preissetzungsverfahren ein (in Relation zum Wettbewerbsproblem) für die Regulierungsbehörde und/oder die Unternehmen vertretbares Ausmaß übersteigt. Nicht zuletzt deswegen, weil in Österreich schon seit mehreren Jahren die Kosten von Terminierungsleistungen ermittelt werden, ist davon auszugehen, dass sich der Implementierungsaufwand für die etablierten Betreiber in Zusammenhang mit Kostenmodellen und Berichtspflichten in einem vertretbaren Ausmaß hält, so dass dieser Grund allenfalls für kleinere Betreiber (Neueinsteiger, MVNOs) relevant ist.

³⁵ Vgl. dazu ERG (2004, S. 82 ff)

³⁶ Vgl. dazu ERG (2004, S. 84)

- Oder, wenn die Ergebnisse der Kostenerhebung ihrerseits auf Grund der Datenbasis unplausibel sind bzw. signifikant von jenen Preisen abweichen, die sich auf einem (Wettbewerbs-)markt normalerweise einstellen würden. Ein solcherart unplausibles Ergebnis ist z.B. in der Phase des Markteintritts, wenn das betroffene Unternehmen im Bereich sinkender Durchschnittskosten (bzw. steigender Skalenerträge) operiert, möglich. In einer solchen „temporären“ Markteintrittsphase können die Durchschnittskosten weit über den „marktüblichen“ Preisen (sogar über jenen, die ein profitmaximierender Monopolist setzen würde) liegen und sind damit nicht anwendbar. Relevant ist dieses Argument vor allem in Zusammenhang mit Neueinsteigern und MVNOs.³⁷
- Und/oder, wenn für den Preisvergleich eine statistisch hinreichend gesicherte Vergleichsbasis existiert und damit die Preise (Kosten) des marktbeherrschenden Unternehmens geschätzt werden können.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verpflichtungen bezüglich Entgeltkontrolle und Kostenrechnung Bestimmungen in Zusammenhang mit der korrekten Festlegung des Zugangspreises beinhalten, wie beispielsweise die adäquate Berücksichtigung von Effizienz, Investitionen und Marktrisiko. Auf Basis dieser Verpflichtung kann – bei korrekter Anwendung – der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden. Da kein anderes Instrument geeignet ist, die mit dem Preis in Zusammenhang stehenden Aspekte der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, erfüllt dieses Instrument das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Spezifische mit Kostenregulierung in Verbindung stehende Probleme sind bei der Operationalisierung zu adressieren. Vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrung empfiehlt es sich, die Verpflichtung in Form einer Verpflichtung zu einem bestimmten Preismaßstab aufzuerlegen und eine Entgeltanordnung nur im Anlassfall (z.B. Streitschlichtungsverfahren) vorzunehmen. Vor dem Hintergrund der Prinzipien und der Natur des Wettbewerbsproblems ist das adäquateste Preissetzungsverfahren die Kostenorientierung. Aus einer Reihe von Gründen empfiehlt es sich *Benchmarking* unter den oben genannten Voraussetzungen als alternativen Preismechanismus vorzusehen.

4.6. Andere Verpflichtungen iSd § 47 TKG 2003

Es konnten weder außergewöhnliche Umstände, die den Einsatz anderer Vorab-Verpflichtungen rechtfertigen würden, noch andere Instrumente, die geeignet wären, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, festgestellt werden.³⁸

4.7. Zur möglichen Differenzierung zwischen „großen“ und „kleinen“ Betreiber sowie zwischen Fest- und Mobilnetzbetreibern

Auch wenn in Bezug auf manche der identifizierten Wettbewerbsprobleme (insbesondere Wettbewerbsproblem 3) ein Unterschied zwischen „kleinen“ Betreibern (Betreibern mit geringerem Marktanteil) und „großen“ Betreibern (Betreibern mit höherem Marktanteil) besteht, sind die wesentlichsten Probleme im Kern dieselben, so dass aus ökonomischer Sicht auch dieselben Regulierungsinstrumente als angemessen zu betrachten sind. In Bezug

³⁷ Benchmarking wurde z.B. in der Vergangenheit bei der Festlegung der Terminierungsentgelte (in der Höhe von 2,7 ATS) einiger Mobilfunkbetreiber nach dem Markteintritt herangezogen.

³⁸ An dieser Stelle soll nicht unerwähnt bleiben, dass es aus theoretischer Sicht Maßnahmen gibt, die ein gewisses Potenzial haben, den grundlegenden Marktfehler und damit die Monopolstellung in Zusammenhang mit der Terminierung zu beseitigen. Zu nennen sind hier eine Verpflichtung der Unternehmen zur Umstellung des Verrechnungsprinzips (Calling-Party-Pays-Prinzip auf ein Receiving-Party-Pays-Prinzip) oder die Einführung von Endgeräten, die mehrere Vertragsbeziehungen (getrennt für Terminierung und Originierung) unterstützen (Multiple SIM Cards). Nach Ansicht der Gutachter sind diese Verpflichtungen unpraktikabel, wesentlich eingriffsintensiver, als jene, die hier vorgeschlagenen werden und deren Gesamtauswirkungen auf den gesamten Sektor sehr zweifelhaft.

auf die identifizierten Marktfehler ist daher keine Differenzierung der eingesetzten Instrumente aus ökonomischer Sicht rechtfertigbar.

Aufgrund der (derzeit noch) hohen Marktanteilsunterschiede zwischen (einigen) etablierten Mobilfunkbetreibern und Neueinsteigern besteht die Gefahr von Foreclosure-Strategien (Wettbewerbsproblem 3), so dass es ökonomisch sinnvoll ist, zumindest für den Zeitraum bis zur nächsten Marktanalyse, auch die Mobil-Mobil-Terminierung – jedenfalls im Verhältnis zu den Neueinsteigern – zu regulieren und keine Differenzierung zur Fest-Mobil-Terminierung vorzunehmen.

5. Die Sicht anderer europäischer Regulierungsbehörden zum Markt „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“

Im Rahmen von Verfahren gemäß Art. 7 RL 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie; vgl. § 129 TKG 2003 wurden von anderen nationalen Regulierungsbehörden von Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Analysen bzw. Maßnahmen betreffend die Märkte „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ gemäß Z. 16 des Anhangs der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte europaweit kommuniziert. Im Folgenden sollen die Erkenntnisse dieser Analysen und gegebenenfalls die Kommentare der Europäischen Union (bzw. gegebenenfalls der anderen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union) gemäß Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie – soweit sie bekannt sind – zusammengefasst dargestellt werden. Die den Zusammenfassungen zugrunde liegenden Informationen stammen vom CIRCA-Server (Communication & Information Resource Centre Administrator, <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main>) und wurden der Verfahrenspartei zur Kenntnis gebracht:

5.1. Schweden

Die schwedische Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation – PTS (Post- & Telestyrelsen) – geht davon aus, dass alle 5 operativ tätigen Mobilfunkunternehmen in Schweden, das sind Telia Sonera AB, Tele2 Sverige AB, Vodafone Sverige AB, Hi3G Access AB und Telenor Mobile Sverige AB, über beträchtliche Marktmacht verfügen, wobei die Kriterien für diese Feststellung folgende sind: Marktanteile, Markteintrittsbarrieren, Kontrolle über Infrastruktur sowie das Fehlen nachfrageseitiger Gegenmacht. Da jeder einzelne Terminierungsmarkt als relevanter Markt angesehen wird, beträgt der Marktanteil jeweils 100%. PTS geht von einer Technologieneutralität in Bezug auf GSM und UMTS aus.

Auf dieser Grundlage hat PTS folgende Verpflichtungen für alle Mobilbetreiber – sofern im Folgenden nicht anders angegeben – vorgeschlagen:

- Verpflichtung, auf berechtigte Anträge hin Zugang zu gewähren, sowie eine Zusammenschaltungsverpflichtung iSd Art. 12 Rahmenrichtlinie
- Verpflichtung, ein Standardangebot zu veröffentlichen (Art. 9 Rahmenrichtlinie); diese Verpflichtung wird lediglich für TeliaSonera, Tele2 und Vodafone vorgeschlagen
- Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Transparenz gemäß Art. 9 Rahmenrichtlinie
- Nichtdiskriminierungsverpflichtung iSd Art. 10 Rahmenrichtlinie
- Verpflichtung zur getrennten Buchführung gemäß Art. 11 Rahmenrichtlinie
- Verpflichtungen betreffend Preiskontrolle und Kostenrechnung iSd Art. 13 Rahmenrichtlinie; für Telia Sonera, Tele2 und Vodafone ist eine Verpflichtung zur Kostenorientierung iSv. LRIC, für Telenor und Hi3G eine Verpflichtung zu „*fairen und*

angemessenen Preisen“ vorgesehen (vgl. *“Summary of PTS’s decisions concerning voice call termination on individual mobile Telephone networks“* vom 10.5.2004)

In ihrem Kommentar vom 9.6.2004 zur Marktanalyse der PTS hält die Europäische Kommission fest, dass PTS die Entwicklung der Kostenstruktur von jenen Betreibern beobachten möge, denen eine Verpflichtung zu *„fairen und angemessenen Preisen“* auferlegt wurde. Weiters wünscht die Europäische Kommission, dass PTS die Annahme betreffend die *„fairen und angemessenen Preise“* überprüft, ob diese über den Zeitraum der Marktbeobachtung relevant bleibt.

5.2. Griechenland

Die griechische Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post – EETT – geht ebenfalls davon aus, dass alle operativ tätigen Mobilfunkunternehmen in Griechenland (Cosmote, Vodafone, Telestet und Q-Telecom) über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die Kriterien für diese Beurteilung sind Marktanteile, Markteintrittsbarrieren, monopolistische Marktstruktur, Abwesenheit von potentielltem Wettbewerb, keine oder nur geringe nachfrageseitige Gegenmacht sowie das frühere Marktverhalten bzw. anti-kompetitive Praktiken der Mobilbetreiber. Jeder Mobilbetreiber verfügt über einen Marktanteil von 100% auf seinem eigenen Terminierungsmarkt. Auch EETT geht von einer Technologieneutralität aus.

EETT hat folgende Verpflichtungen vorgeschlagen:

- Verpflichtung, Zugang zu gewähren und die Verwendung spezieller Netzkomponenten zuzulassen
- Transparenzverpflichtung
- Nichtdiskriminierungsverpflichtung
- Verpflichtung, ein Standardzusammenschaltungsangebot zu veröffentlichen
- Verpflichtungen betreffend Preiskontrolle und Kostenrechnung iSd Art. 13 Rahmenrichtlinie; für Cosmote, Vodafone, Telestet ist eine Verpflichtung zur Kostenorientierung, für Q-Telecom eine Verpflichtung zu *„angemessenen Preisen“* vorgesehen (vgl. *“Notification of Draft Measure Pursuant to Article 7 (3) of Directive 2002/20/EC (Framework Directive) for the market of Wholesale Mobile Voice Call Termination“* vom 1.7.2004)

Die Europäische Kommission hält in ihrem Schreiben vom 4.8.2004 fest, dass die Auferlegung der Verpflichtung einer getrennten Buchführung eine gerechtfertigte und angemessene begleitende Verpflichtung zu den anderen auferlegten Verpflichtungen darstellen würde, da diese interne Transfers sichtbar machen könnte und darüber hinaus die Einhaltung der Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung und der Preiskontrolle ermöglichen kann. Die Europäische Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf das Dokument *„ERG Common Position on remedies“* (ON 37). Analog zum aufgezeigten schwedischen Fall hat die Europäische Kommission festgehalten, dass EETT die Entwicklung der Kostenstruktur von jenen Betreibern beobachten möge, denen eine Verpflichtung zu *„angemessenen Preisen“* auferlegt wurde.

5.3. Großbritannien

Auch geht Ofcom, die britische Regulierungsbehörde für Fragen der Telekommunikation, davon aus, dass alle operativ tätigen Mobilfunkunternehmen in Großbritannien, das sind „3“, Inquam, O2, Orange, T-Mobile und Vodafone, über beträchtliche Marktmacht verfügen. OFCOM differenziert zwischen den Technologien 2G und 3G.

Die Kriterien für diese Beurteilung einer beträchtlichen Marktmacht jedes einzelnen Mobilbetreibers waren Marktanteile, Markteintrittsbarrieren, Höhe der Preise und Profitabilität sowie die nachfrageseitige Gegenmacht.

OFCOM hat unterschiedliche Verpflichtungen für die Mobilbetreiber vorgesehen:

Für Vodafone, O2, T-Mobile und Orange sieht OFCOM für die Terminierung von Sprache in ein 2G-Netz folgende Verpflichtungen vor:

- Verpflichtung, auf berechtigte Anträge hin Zugang zu gewähren
- Nichtdiskriminierungsverpflichtung im Zusammenhang mit Zugang
- Übermittlung von (neuen oder geänderten) Verträgen betreffend Zugang an OFCOM
- Vorherige Bekanntgabe von Preisänderungen
- Verpflichtungen, die Terminierungsentgelte in Übereinstimmung mit einer Kostenkontrolle zu senken
- Verpflichtung zu einer Preiskontrolle bezüglich der 2G-Terminierung von Sprache.

Betreffend „3“ und Inquam ist lediglich eine Transparenz-Verpflichtung in einer konkreten Form – Bekanntgabe von Preisänderungen – vorgesehen (vgl. „*Wholesale Mobile Voice Call Termination – Statement*“ vom 1.6.2004).

In einem früheren Kommentar (5.2.2004) zur Vorgangsweise der OFCOM hält die Europäische Kommission im Wesentlichen fest, dass die Terminierung von Sprache in einem 3G-Netz nicht als ein neuartiger Dienst oder ein „*emerging market*“ anzusehen sei. Die Europäische Kommission befürchtet, dass die Verpflichtungen betreffend Kostenkontrolle bezüglich 2G von den Mobilbetreibern leicht umgangen werden könnte, weswegen sie die Auferlegung von Transparenzverpflichtungen betreffend der 3G-Terminierung vorschlägt. Sollten die Annahmen der OFCOM nicht zutreffen, wird OFCOM ihre Position betreffend die ex-ante-Regulierung der 3G-Terminierung überdenken müssen, so die Europäische Kommission.

5.4. Irland

Die irische Regulierungsbehörde für Telekommunikationsfragen – ComReg – geht auch davon aus, dass alle operativ tätigen Mobilfunkunternehmen in Irland – Vodafone, O2, Meteor und „3“ – über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die Kriterien für diese Beurteilung sind Marktanteile, Abwesenheit von potentielltem Wettbewerb, keine oder nur geringe nachfrageseitige Gegenmacht, Preissetzung und Profitabilität. Jeder Mobilbetreiber verfügt über einen Marktanteil von 100% auf seinem eigenen Terminierungsmarkt.

ComReg hat folgende Verpflichtungen vorgeschlagen:

- Transparenzverpflichtung
- Nichtdiskriminierungsverpflichtung
- Verpflichtung, Zugang zu gewähren und die Verwendung spezieller Netzkomponenten zuzulassen
- Verpflichtung zur Kostenorientierung

Zusätzlich können folgende spezifische Verpflichtungen notwendig sein:

- Getrennte Buchführung

- Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Kostenrechnungssystem (vgl. „Notification – Wholesale voice call termination on individual mobile networks“ vom 8.6.2004)

C. Beweiswürdigung

1. Allgemeines

Die Feststellungen zum Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der Hutchison“, insbesondere zu den wettbewerblichen Verhältnissen und den einzelnen Indikatoren für Marktmacht, ergeben sich aus der eingehenden schlüssigen und nachvollziehbaren Untersuchung der Amtssachverständigen Dr. Felder, Dr. Liu, Mag. Neubauer, Mag. Pisjak und DI Zlabinger vom Mai 2004 („*Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission in den Verfahren M 14/03, M 15/03*“).

Die Ausführungen zu den Regulierungsoptionen aus ökonomischer Sicht gründen sich auf dem nicht minder überzeugenden Gutachten der Amtssachverständigen Dr. Felder, Dr. Liu, Dr. Lukanowicz, Mag. Neubauer sowie Mag. Pisjak vom Juli 2004 („*Wirtschaftliches Gutachten für die Telekom-Control-Kommission im Verfahren M 15/03 [Terminierung im Mobiltelefonnetz der Hutchison] betreffend Regulierungsinstrumente*“).

Die Feststellungen zu den Marktanalysen bzw. den spezifischen Regulierungsverpflichtungen einiger nationaler Regulierungsbehörden von Mitgliedstaaten der Europäischen Union gründen sich auf Dokumente, die sich auf der – grundsätzlich frei zugänglichen – Kommunikationsplattform der Europäischen Union – dem so genannten CIRCA-Server (Communication & Information Resource Centre Administrator, <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/Home/main>) – befinden. Diese Plattform dient (auch) der praktischen Durchführung der Koordinationsverfahren gemäß Art. 7 Rahmenrichtlinie bzw. § 129 TKG 2003 (eCCTF – e-Communication Consultation Task Force). Die den Feststellungen zugrunde liegenden Dokumente wurden der Verfahrenspartei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens übermittelt.

Im Zusammenhang mit der Stellungnahme und Urkundenvorlage der Telekom Austria AG, die auch im Verfahren zu M 15/03 eingebracht wurden (M 15/03-5), ist festzuhalten, dass das vorgelegte Gutachten von European Economic & Marketing Consultants – EE&MC GmbH betreffend „*Implikationen des TKG 2003 für die Telekom Austria*“ vom April 2004 keine Anhaltspunkte für gegenständliches Verfahren enthält; das vorgelegte Gutachten bezieht sich nicht auf den gegenständlichen Terminierungsmarkt in ein öffentliches individuelles Mobiltelefonnetz. Die im Weiteren übermittelte Zusammenfassung dieses Gutachtens sowie das Dokument der Telekom Austria AG „*Im Wissen liegt die Zukunft – Investieren in Informationsnetze*“ (M 15/03-7) haben ebenfalls keine Aussagekraft für gegenständliches Verfahren.

In weiterer Folge wird auf das Vorbringen der Verfahrenspartei eingegangen, soweit sich dieses auf die gegenständliche Feststellung beträchtlicher Marktmacht sowie der (spruchgemäßen) Festlegung spezifischer Verpflichtungen beziehen. Im Zusammenhang mit der Marktdefinition soll auf die Ausführungen im Kapitel „*Zum Vorbringen betreffend die Marktabgrenzung der TKMVO 2003*“ verwiesen werden. Mangels Anordnung eines – wie von den Amtssachverständigen vorgeschlagenen – „Gleitpfades“, war auf die diesbezüglichen Vorbringen nur in einem eingeschränkten Ausmaß einzugehen.

2. Zum Vorbringen der Hutchison zum Marktanalyse-Gutachten

Mit Schreiben vom 1.6.2004 (M 15/03-30) nimmt H3G zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend Marktanalyse Stellung; auf die Kernaussagen soll in weiterer Folge eingegangen werden:

a. Die von H3G vorgebrachte Argumentation, dass sie auf keine 2G-Kundengruppe (wie ein im 2G-Bereich etablierter Betreiber) zurückgreifen kann, ist nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission korrekt, hat aber für die Beurteilung der verfahrensgegenständlichen (Erst-)Frage nach dem Vorliegen effektiven Wettbewerbs oder einer beträchtlichen Marktmacht auf dem Markt „Terminierung in das öffentliche Mobiltelefonnetz der H3G“ keine Bedeutung, wobei die Telekom-Control-Kommission die besondere Rolle der H3G als Neueinsteiger mit einer neuen Technologie grundsätzlich anerkennt. So haben die Amtssachverständigen für Unternehmen wie H3G auch den Ausdruck „Maverick“ verwendet, mit dem sich H3G offenbar identifizieren kann. H3G sieht sich in dieser Rolle aber in einem anderen Markt, nämlich dem Endkundenmarkt, der jedoch für die gegenständliche Frage von untergeordneter Bedeutung ist.

b. In weiterer Folge (Punkt 3) listet H3G eine Reihe von Gründen auf, warum sie über keine beträchtliche Marktmacht verfügen soll. So bringt H3G vor, dass sie (H3G) über keine ausreichende Verhandlungsmacht verfügt und eine solche auch nicht in absehbarer Zeit erlangen wird. Inwieweit aber daraus eine nicht-marktbeherrschende Stellung der H3G abgeleitet werden soll, kann die Telekom-Control-Kommission nicht nachvollziehen, geht es doch bei der nachfrageseitigen Gegenmacht iSd § 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003 um einen Indikator, durch den ein (potentiell marktmächtiger) Betreiber gegebenenfalls in seiner Marktmacht diszipliniert werden kann.

c. Die weiteren von H3G – großteils unbegründeten – Argumente, die angeblich gegen eine beträchtliche Marktmacht sprechen, erweisen sich als bloße Aussagen: So könne sich H3G nicht unabhängig von den Mitbewerbern, den Konsumenten und „der Regulierungsbehörde“ verhalten. Eine Erhöhung der Zusammenschaltungsentgelte der H3G komme nicht in Frage. Wie die Amtssachverständigen in ihrer eingehenden Analyse zeigen, haben (profitmaximierende) Monopolbetreiber klare Anreize, die in ihrem Kern gegen die bloßen Aussagen der H3G sprechen. Insofern erachtet es die Telekom-Control-Kommission als ausreichend, auf die fundierten und nachvollziehbaren Ausführungen in diesem Gutachten (insbesondere S. 82 ff) zu verweisen.

d. Auch das Vorbringen der H3G zum „deutlich höheren wirtschaftlichen Risiko“ sowie zu Kundenakquisitionsmöglichkeiten vermag keine Auskunft über das Bestehen oder Nicht-Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 zu geben.

e. Im Zusammenhang mit dem Zitat der H3G aus der Begründung der Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend Märkte ist auszuführen, dass gerade auch aus diesem Grund die Amtssachverständigen die „nachfrageseitige Gegenmacht“ einer eingehenden Untersuchung unterzogen haben, da diese gerade im Verhältnis zu einem kleinen Mobilfunkbetreiber eine bedeutsame Rolle spielen kann. So ist H3G auch insofern Recht zu geben, als tatsächlich kein Automatismus zwischen der „Kontrolle über ein Zugangsnetz“ und einer „beträchtlichen Marktmacht“ besteht. Die Regulierungsbehörde ist gehalten, eine Reihe von Indikatoren zu untersuchen, gegeneinander abzuwägen und vor dem Hintergrund einer ex-ante-Betrachtung eine Entscheidung zu treffen (vgl. insbesondere die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABl. C 165, S. 6 vom 11.7.2002). Auf das Ergebnis dieser umfassenden Untersuchung sei an dieser Stelle verwiesen.

3. Zum Vorbringen der Hutchison zum Regulierungsinstrumente-Gutachten

Am 18.8.2004 übermittelt H3G eine „Stellungnahme zum wirtschaftlichen Gutachten betreffend Regulierungsinstrumente für die Terminierung im Mobiltelefonnetz der Hutchison 3G Austria GmbH“.

a. Einleitend kritisiert H3G die „*Unverhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Regulierungsinstrumente*“ insbesondere vor dem Hintergrund von „*potentiellen Wettbewerbsproblemen (die derzeit weder vorliegen noch sich abzeichnen)*“. Erläuternd sei festgehalten, dass die Wettbewerbsprobleme deswegen potentiell sind, weil auf Grund der derzeitigen Regulierung diese Wettbewerbsprobleme nicht auftreten. Würden alle Regulierungen und Verpflichtungen aufgehoben werden, was im Fall der Feststellung effektiven Wettbewerbs auf einem relevanten Markt eintreten würde, dann ist auf Grund der Anreizstruktur davon auszugehen, dass die identifizierten (Wettbewerbs-)Probleme am Markt zu beobachten sind. Exakt diese „Was-wäre-wenn“-Betrachtung ist auch im neuen Rechtsrahmen vorgesehen (Ex-ante-Betrachtung, „Greenfield“-Ansatz). Andernfalls würde eine Marktanalyse auch nur Aussagen über die Regulierungstätigkeit geben, aber nicht über die „wahren“ wettbewerblichen Verhältnisse.

Verfolgt man den Gedanken weiter, so würde sich die Regulierung perpetuieren und im Kreis drehen: Da keine aktuellen Wettbewerbsprobleme festgestellt werden – es wird nämlich reguliert –, wird der Markt für (wettbewerblich) effektiv erachtet; werden sodann Wettbewerbsprobleme erkannt, wird wiederum reguliert, was zur Folge hat, dass keine (aktuellen) Wettbewerbsprobleme mehr gegeben sind; insofern müsste der Markt wieder frei gegeben werden. Das Ergebnis ist eine Endlosschleife bzw. ein „regulatorischer Yoyo-Effekt“.

b. Den Ausführungen der H3G, dass privatrechtliche Einigungen zeigen würden, dass Mobilnetzbetreiber von ihrem Preissetzungsspielraum nicht Gebrauch machen würden, ist entgegenzuhalten, dass der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte – über die Jahre gesehen – stets die Ausnahme war, wengleich in den letzten Monaten Einigungen betreffend die Mobil-Zusammenschaltungsentgelte herbeigeführt werden konnten; auch wurde seitens Mobilkom im Laufe des Sommers 2001 – während eines laufenden Streitschlichtungsverfahrens vor der Telekom-Control-Kommission, in dem die Zusammenschaltungsentgelte der Mobilkom zur Disposition standen – eine Senkung ihres Zusammenschaltungsentgeltes (freiwillig) angeboten. Es zeigt sich also, dass privatrechtliche Einigungen in wesentlichen Fragen – wie die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte – die Ausnahmen waren; dabei kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Einigungen zuletzt nicht auch vor dem Hintergrund der laufenden Marktanalyse-Verfahren stattgefunden haben und taktisches Kalkül im Vordergrund stand. Darüber hinaus ist die Tatsache alleine, dass es zu einem bilateralen Abschluss kommt, noch kein Beweis dafür, dass die Preise sich am (fiktiven) Wettbewerbsniveau ausrichten.

Zur Ausführung der H3G, dass die Mobil-Terminierungsentgelte im Fall privatrechtlicher Einigungen im Durchschnitt niedriger seien, kann angemerkt werden, dass H3G offenbar davon auszugehen scheint, dass unter solchen Bedingungen die Mobil-Terminierungsentgelte der kleineren Betreiber niedriger wären als im Falle einer regulatorischen Festlegung auf Höhe der betreiberindividuellen Kosten. Diese Hypothese scheint aus Sicht der Telekom-Control-Kommission nicht unplausibel: Wenn nämlich die großen Betreiber nicht reguliert würden (und kurzfristig würden sie die Mobil-Terminierungsentgelte nicht anheben können), würde sie ihre Verhandlungsmacht gegenüber einem Neueinsteiger einsetzen, um – auf Grund der gegebenen Anreizstruktur – reziproke höhere Entgelte zu erwirken. Das würde heißen, dass eine solche Regulierung – basierend auf betreiberindividuellen Kosten – die Konsumenten – jedenfalls kurzfristig –

schlechter stellen würde, als würde nicht reguliert werden. Hier kommt aus Sicht der Telekom-Control-Kommission der Zugang der H3G zur Regulierung zum Ausdruck: Es geht offensichtlich nicht darum, die nachteiligen Effekte von Marktmacht für Konsumenten zu beseitigen, sondern H3G gegenüber den Mitbewerbern zu schützen.

c. Die in weiterer Folge relevierte mangelnde Berücksichtigung des Investitionsschutzes findet im Rahmen einer gegebenenfalls notwendigen hoheitlichen Festlegung kostenorientierter Entgelte statt. An dieser Stelle soll lediglich auf die Bestimmung des § 42 TKG 2003 verwiesen werden, derzufolge die Telekom-Control-Kommission auch den Investitionen Rechnung tragen muss.

d. Dem Vorbringen der H3G, dass „keine Automatik der Ausschöpfung des Maßnahmenkataloges gem. §§ 38 bis 46 TKG“ besteht, ist vollinhaltlich zuzustimmen. Die Schlussfolgerung der Verfahrenspartei jedoch, dass ein analoges Auferlegen von Verpflichtungen allen Mobilfunkbetreibern gegenüber, im „klaren Gegensatz zum Willen des Gesetzgebers“ stehen würde, kann nicht nachvollzogen werden.

Festzuhalten ist, dass die Telekom-Control-Kommission durch klare gesetzliche Vorgaben dazu gehalten ist, zumindest eine spezifische Vorab-Verpflichtung iSd § 38ff TKG 2003 aufzuerlegen, wenn ein Betreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 festgestellt wurde. Dabei hat die Regulierungsbehörde den leitenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003) genauso zu beachten wie auch die Regulierungsziele. Eine gänzliche Entlassung aus der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung kommt in Frage, wenn auf dem gegenständlichen Markt effektiver Wettbewerb herrscht und folglich – der „Gleichsetzungsthese“ folgend – kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu identifizieren war. Bei der Auferlegung der Vorab-Verpflichtung(en) hat die Telekom-Control-Kommission darauf zu achten, dass diese Verpflichtung(en) das Wettbewerbsproblem auch adressiert (adressieren). Stehen mehrere geeignete Regulierungsinstrumente zur Auswahl, hat die Regulierungsbehörde jenes heranzuziehen, das am wenigsten eingriffsintensiv ist. Diesen Vorgaben entsprechend hat die Telekom-Control-Kommission die Festlegung der sektorspezifischen Verpflichtungen vorgenommen. Da auch den selben Wettbewerbsproblemen zu begegnen war, sind die den Mobilfunkbetreibern auferlegten Verpflichtungen ident.

e. In weiterer Folge kritisiert H3G das wirtschaftliche Gutachten nunmehr sub titulo „Ökonomische Aspekte“. Soweit H3G die drei Relevanzkriterien untersucht (S. 6 ff) sei festgehalten, dass diese – wie auch von H3G angeführt – eine Rolle im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung spielen, jedoch nur eingeschränkt (siehe sogleich) beim Verfahren der Marktanalyse gemäß § 37 TKG 2003. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, hat sich die Telekom-Control-Kommission insbesondere in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 an die gemäß § 36 TKG 2003 vordefinierten und als relevant erachteten Märkte zu halten. Die von H3G genannten Kriterien sind sohin von der RTR-GmbH allenfalls bei der Erlassung der Verordnung gemäß § 36 TKG 2003 zu beachten.

Auch wenn Fragen der Marktabgrenzung von der Telekom-Control-Kommission im Rahmen eines Marktanalyseverfahrens nicht adressiert werden können, so erlaubt sie sich zur Polemik der H3G zu den Markteintrittsbarrieren, die auch im Rahmen der Wettbewerbsanalysen eingeflossen sind, folgende Anmerkung: Ausgehend von der Marktabgrenzung der TKMVO 2003 ist die Behauptung, dass Markteintrittsbarrieren „per Marktdefinition unüberwindbar sind“ eine logische Konsequenz und kein Dogma. Markteintrittsbarrieren werden in einer Wettbewerbsanalyse vor folgendem Hintergrund untersucht: Aus ökonomischer Sicht ist die Existenz von langfristigen Markteintrittsbarrieren ein Schlüsselkriterium für die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung. Bei freiem Markteintritt würden Übergewinne marktbeherrschender Unternehmen den Eintritt weiterer Unternehmen induzieren, was eine Erosion der Übergewinne (bzw. der

marktbeherrschenden Stellung) zur Folge hätte. Dieser Mechanismus ist außer Kraft gesetzt, wenn potentiellen Einsteigern der Marktzutritt verwehrt ist. Je höher also Marktbarrieren sind (d.h. je schwieriger der Markteintritt ist), desto höher ist – ceteris paribus – potentiell das Ausmaß an Marktmacht der etablierten Unternehmen. Vor diesem Hintergrund ist die Existenz von langfristigen Marktbarrieren als notwendige Voraussetzungen für die Abwesenheit effektiven Wettbewerbs zu interpretieren.

Wenn nun der für die Marktabgrenzung herangezogene „Hypothetische Monopolisten“-Test zeigt, dass die Mobil-Terminierungsleistungen eines Betreibers einen Monopolmarkt konstituieren (und zwar unabhängig von der Zahl an aktiven Mobilfunkbetreibern), dann sind die Marktbarrieren in diesen Markt unüberwindbar; die Marktmacht des Monopolisten wird in diesem Fall nicht durch einen möglichen Markteintritt bedroht, da es keinen Eintritt in diesen Markt geben kann.

Im Kontext dieser drei Relevanzkriterien thematisiert H3G, inwieweit nicht das allgemeine Wettbewerbsrecht – d.h. eine ex-post-Kontrolle – als ausreichend erachtet werden kann.

Hierzu ist festzuhalten, dass durch die Empfehlung der Europäischen Kommission betreffend Märkte sowie der – materiell gleichlautenden – TKMVO 2003 jene Märkte vorab definiert wurden, die grundsätzlich einer sektorspezifischen ex-ante-Regulierung zugänglich sind (vgl. dazu die zustimmenden Ausführungen in Stratil, TKG 2003, Rz. 1 3. Punkt zu § 37); so verwundert es wenig, dass es sich dabei um jene Märkte bzw. Bereiche handelt, bei denen in den vergangenen Jahren der sektorspezifischen Regulierung immer wieder wettbewerbliche Defizite identifiziert werden konnten; zu nennen sind in diesem Kontext mitunter die Terminierungsmärkte, der Bereich der Endbündelung sowie der Anschlussbereich. Durch klare gesetzliche Vorgaben ist die Telekom-Control-Kommission dazu gehalten, zumindest eine spezifische Vorab-Verpflichtung iSd § 38ff TKG 2003 aufzuerlegen, wenn ein Betreiber als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 auf einem der durch die TKMVO 2003 vordefinierten Märkte (§ 36 TKG 2003) festgestellt wurde. Dabei hat die Regulierungsbehörde den leitenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 34 TKG 2003) genauso zu beachten wie auch die Regulierungsziele. Eine gänzliche Entlassung aus der Wettbewerbsregulierung kommt in Frage, wenn auf dem gegenständlichen Markt effektiver Wettbewerb herrscht und – der „Gleichsetzungsthese“ folgend – somit kein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu identifizieren war. Die Festlegung von Märkten, die grundsätzlich einer ex-ante-Regulierung zugänglich sind, sowie die gesetzlich gebotene Analyse derselben (§ 37 TKG 2003) schließt die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechtes, die einer ex-post-Kontrolle entspricht, zwar nicht aus, ist aber offenbar nicht jenes primäres Instrumentarium, mit dessen Hilfe effektiver selbsttragender Wettbewerb etabliert werden kann.

f. In weiterer Folge nimmt H3G allgemein Bezug auf die identifizierten Wettbewerbsprobleme; die Ausführungen der Verfahrenspartei weisen jedoch auf erhebliche Mängel hin:

H3G bezieht sich in ihrer Stellungnahme nicht nur lediglich auf eines der vier identifizierten Wettbewerbsprobleme, sondern fokussiert auf ein Problem, das die Amtssachverständigen selbst nicht als das zentrale Wettbewerbsproblem identifiziert haben. Dementsprechend sind auch die Ausführungen dazu eher von allgemeinen wirtschaftspolitischen Überlegungen hinsichtlich des Verhältnisses von Festnetz und Mobilnetz getragen als von nachvollziehbaren ökonomischen Überlegungen.

Das zentrale Wettbewerbsproblem, das auch bei der Beurteilung der Regulierungsinstrumente im Mittelpunkt stand, sind allokativen Verzerrungen für Anrufe von Fest- in Mobilnetze (siehe die beiden wirtschaftlichen Gutachten). Diese kommen durch überhöhte Mobil-Terminierungsentgelte zustande: Ein Festnetzbetreiber muss, um profitabel zu

operieren, die Kosten (auch die durch zugekaufte Vorleistungen verursachten Kosten) durch entsprechende Endkundenpreise decken. Diese Terminierungsentgelte haben einen direkten Einfluss auf die kurzfristigen Grenzkosten von Gesprächen aus einem Fest- in ein Mobilnetz; auch H3G geht davon aus, dass ein Betreiber diese auf die Endkunden „durchreicht“. Steigen die Mobil-Terminierungsentgelte vom (fiktiven) Wettbewerbsniveau auf den Monopolpreis, steigt demnach auch der Endkundertarif für Gesprächen aus einem Fest- in ein Mobilnetz; die Preiserhöhung ist gegebenenfalls im höheren Preis eines Bündels zu finden, muss sich sohin nicht direkt in einem einzigen Tarif widerspiegeln. Andernfalls würde der Festnetzbetreiber ein Defizit erwirtschaften. Wegen dieser Preiserhöhung werden Gesprächen aus einem Fest- in ein Mobilnetz für die Endkunden teurer und sie werden eine geringere Menge nachfragen. Die dadurch verursachten Wohlfahrtsverluste im Vergleich zu kostenorientierten Mobil-Terminierungsentgelten (höherer Preis und geringere Menge) werden als alloкатive Ineffizienzen bezeichnet. Ungeachtet dessen kann natürlich ein Festnetzbetreiber eine Extra-Marge lukrieren; dieser Umstand wird in einem parallelen Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 untersucht, stellt jedoch keinen Grund dar, Mobil-Terminierungsentgelte nicht zu regulieren, da andernfalls das Problem der „Double-Marginalization“ („doppelte Monopolaufschläge“) auftritt. D.h., auch wenn es stimmen sollte, dass die Retail-Märkte nicht hinreichend kompetitiv sind, ist es für den Konsumenten ein Vorteil, wenn die Mobil-Terminierungsentgelte reguliert werden. Wesentlich dabei ist, dass diese Wohlfahrtsverluste auch auftreten (bzw. noch relevanter sind), wenn es keine Substitution zwischen Fest- und Mobil-Sprachtelefonie gibt. Insofern sind die Ausführungen von H3G in Bezug auf das zentrale Wettbewerbsproblem hinfällig.

Mit zunehmender Bedeutung von konvergenten Diensten (fest-mobil) und mit zunehmender Substitution wird dieses Problem noch durch ein weiteres Problem überlagert, das aber seitens der Amtssachverständigen derzeit nicht als zentral angesehen wird: Mobilfunkbetreiber sind imstande, (kollektiv) Wettbewerbsvorteile zu akquirieren, indem sie Preise für Anrufe in Festnetze (und damit Festnetzendkundertarife insgesamt) zugunsten der Mobilfunkendkundertarife (hier insbesondere „on-net“-Gespräche) verteuern. Dies führt dazu, dass eine gewisse (derzeit noch relativ kleine) Zahl an Festnetzteilnehmern ihren Festnetzanschluss zugunsten eines Mobilfunkanschlusses aufgibt. In dem Maße, in dem sich Mobilfunkendkundenpreise den Festnetz-Endkunden-Preisen annähern und konvergente Dienste (fest-mobil) zunehmen, gewinnt dieses Problem – nur im Falle unregulierter Mobil-Terminierungsentgelte – an Bedeutung. Aber auch hier gilt, dass auf Grund der Tatsache, dass die Terminierungsentgelte in der Vergangenheit faktisch reguliert wurden, dieses Problem derzeit empirisch nur eingeschränkt feststellbar ist. In jenem Ausmaß, in dem dies möglich ist, wurde dieser Frage auch nachgegangen (vgl. hierzu die Ausführungen zu den expliziten/impliziten Terminierungsentgelten). Allerdings ist davon auszugehen, dass diese Differenzierung weit stärker ausfallen würden, wären die Mobil-Terminierungsentgelte nicht reguliert.

g. Die Ausführungen der Verfahrenspartei zur „Rolle der H3G in der Gesamtschau“ vermengen eine Reihe von Faktoren:

So muss einem materiellen Vergleich von Feststellungen aus einem Verfahren gemäß § 33 TKG (1997) mit den aktuellen Marktanalysen iSd TKG 2003 genauso widersprochen werden, wie einem Vergleich zwischen der Mobilkom als nach dem TKG (1997) nicht-marktbeherrschenden Unternehmen und H3G als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd TKG 2003. Darüber hinaus scheint H3G zu übersehen, dass der „alte“ ONP-Rechtsrahmen von einem „Vier-Märkte-Prinzip“ ausging, während hingegen der neue Rechtsrahmen beispielsweise eine Mehrzahl an Märkten vorsieht, die früher dem einheitlichen „Zusammenschaltungsmarkt“ zuzurechnen waren. Einem auf diesen Grundlagen vorgenommenen Vergleich kann nicht gefolgt werden.

Darüber hinaus definieren sich Wettbewerbsprobleme nicht über Marktvolumina. Die identifizierten wettbewerblichen Defizite gründen nicht auf einer bestimmten Unternehmensgröße oder bestimmten Umsätzen.

h. Entgegen der Ansicht der H3G haben die Amtssachverständigen die besondere Rolle der H3G als Späteinsteiger berücksichtigt; insbesondere weisen die Amtssachverständigen auf „Late-comer“-Nachteile, insbesondere aber höhere Durchschnittskosten („economies of scale“-Nachteile) hin.

Insofern gelangt das Gutachten auch zu einem langsamen Anpassungspfad, der diese Nachteile auffangen könnte. Darüber hinaus hat sich die Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Regulierungspraxis immer wieder gegen disruptive Eingriffe ausgesprochen und folglich Senkungen von (Mobil-)Zusammenschaltungsentgelten stufenweise angeordnet (so z.B. zuletzt Z 28/02ff).

Zum Vorbringen der H3G betreffend der mangelnden Verfügbarkeit anderer Einnahmenquellen und der „verspäteten Einführung von MNP“ ist festzuhalten, dass dieses Vorbringen auf die Identifikation von Wettbewerbsproblemen genauso wenig Einfluss hat wie auf den gesetzlichen Auftrag, den wettbewerblichen Defiziten mittels bestimmter spezifischer Verpflichtungen zu begegnen.

i. In weiterer Folge zieht H3G internationale Vergleiche heran und weist damit darauf hin, dass kleineren Marktteilnehmern entweder gar keine Vorab-Verpflichtung oder zumindest weniger starke Verpflichtungen auferlegt werden.

Im Zusammenhang mit internationalen Vergleichen erlaubt sich die Telekom-Control-Kommission wiederum darauf hinzuweisen, dass internationale Vergleiche oftmals problematisch sind, da im Regelfall die umfassende Kenntnis aller Umstände einer Entscheidung nicht gegeben ist. Die bloßen Aussagen der H3G – „*in einer absolut vergleichbaren Situation wie in Österreich*“ – vermögen nicht zu überzeugen, da es H3G auch nicht unternimmt, eine Vergleichbarkeit herzustellen bzw. zu belegen. So geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die Situation in Großbritannien eine andere ist, da beispielsweise die führenden vier Mobilfunkbetreiber annähernd gleiche Marktanteile aufweisen.

Dennoch hat die Telekom-Control-Kommission in ihrer bisherigen Praxis immer wieder auch Vergleichswerte im Rahmen ihrer eigenen Untersuchung herangezogen. Vor diesem Hintergrund hat die Telekom-Control-Kommission auch Entscheidungen bzw. Maßnahmenentwürfe (iSd Art. 7 Rahmen-RL) von europäischen Regulierungsbehörden in ihre Ermittlungen aufgenommen, die nach dem neuen europäischen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste und –netze einem Koordinierungsverfahren gemäß § 129 TKG 2003 bzw. Art. 7 Rahmen-RL unterworfen sind (vgl. hierzu die Feststellungen betreffend „*Die Sicht anderer europäischer Regulierungsbehörden zum Markt Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen*“).

j. Da von einer Anordnung eines „Gleitpfades“ im gegenständlichen Verfahren abgesehen wurde, wird im Nachfolgenden nur mehr vereinzelt – soweit die Feststellungen und der Spruch betroffen sind – auf das Vorbringen der H3G eingegangen.

Generell soll jedoch festgehalten werden, dass die Amtssachverständigen mit dem von ihnen vorgeschlagenen „Gleitpfad“, der der konkreten Operationalisierung des Maßstabes der Kostenorientierung iSv. LRAIC dienen soll, einen Kompromiss zwischen einem einheitlichen Preis für die Terminierung (über alle Mobilfunkbetreiber) und betreiberindividuellen Terminierungsentgelten vorgeschlagen haben, der mittelfristig zu einem einheitlichen Marktpreis – wie er sich in einem kompetitiven Markt einstellt – führt. Dabei werden

disruptive Eingriffe verhindert und „Late-Comer“-Nachteile berücksichtigt, was im Ergebnis zu einer (weiteren) Gewährung eines „Investitionsschutzes für Neueinsteiger“ (in der Markteintrittsphase) führt.

k. Zu den einzelnen Komponenten einer Festlegung kostenorientierter Terminierungsentgelte, wie ein möglicher Aufschlag für die Abgeltung externer Effekte, UMTS-Kosten, etc., ist festzuhalten, dass eine solche im Rahmen einer gegebenenfalls notwendigen hoheitlichen Festlegung kostenorientierter Entgelte stattfindet.

Im Zusammenhang mit der Forderung der H3G nach Berücksichtigung von UMTS-Externalitäten ist anzumerken, dass die Datendienste von UMTS (bislang) nicht reguliert werden („emerging market“, vgl. § 1 Abs. 3 TKG 2003). Daher kann es nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission auch nicht angebracht sein, für diese Dienste „Extra-Markups“ vorzusehen.

Zum Vorbringen der H3G betreffend ungleiche Produzentenrenten muss festgehalten werden, dass keine „Profitregulierung“ stattfindet.

l. Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen war dem Vorbringen bzw. den Anträgen der H3G vom 18.8.2004 nicht zu folgen.

Weiters konnte dem Antrag der Hutchison vom 5.8.2004 (M 15e/03-4) auf Erstreckung der Frist zur Einbringung einer Stellungnahme vor dem Hintergrund des § 39 Abs. 2 AVG nicht zur Gänze gefolgt werden, da die Dauer des gegenständlichen Verfahrens bereits erheblich ist und die Termine der Sitzungen der Telekom-Control-Kommission beschränkt sind. Darüber hinaus steht es Hutchison grundsätzlich frei, eine weitergehende Stellungnahme – auch nach dem Endtermin der gesetzten Frist – einzubringen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vorbringen der Verfahrenspartei nicht geeignet war, die Feststellungen im Kapitel „Festgestellter Sachverhalt“ sowie die Erwägungen, die zu den Festlegungen im Spruch dieses Bescheides geführt haben, zu erschüttern.

D. Rechtliche Beurteilung

1. Zur Zuständigkeit der Telekom-Control-Kommission

Gemäß § 117 Z 6 TKG 2003 kommt der Telekom-Control-Kommission die Zuständigkeit zur Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, und (gegebenenfalls) die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen gemäß § 37 TKG 2003 zu. Im Umkehrschluss kommt ihr auch die Zuständigkeit zur Feststellung effektiven Wettbewerbs auf einem Markt gemäß § 36 TKG 2003 zu.

2. Allgemeines

Im Gegensatz zum bisherigen Regelwerk des TKG 1997 bzw. der ONP-Richtlinien hat der neue Rechtsrahmen im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste – das Telekommunikationsgesetz 2003 – einen differenzierteren Ansatz betreffend die Ermittlung von Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, und hinsichtlich der Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen, um den – im Rahmen einer Marktanalyse – identifizierten wettbewerblichen Problemen zu begegnen.

Die Systematik der neuen Regelungen sieht im Wesentlichen einen dreistufigen Prozess vor:

Die erste Stufe beinhaltet die Abgrenzung von Kommunikationsmärkten, die möglicherweise der sektorspezifischen Regulierung unterliegen (§ 36 TKG 2003). Den einschlägigen Bestimmungen entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektor – abgegrenzt hat.

Die zweite Stufe sieht die Analyse dieser Märkte durch die Telekom-Control-Kommission mit dem Ziel vor, festzustellen, ob auf diesen Telekommunikationsmärkten effektiver Wettbewerb gegeben ist oder aber (zumindest) ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt (§ 37 TKG 2003).

Die dritte Stufe beinhaltet schließlich – bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht – die Festlegung jener Maßnahmen – der „Regulierungsinstrumente“ (dh die spezifischen Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003) –, die zur Lösung der identifizierten aktuellen und potenziellen Wettbewerbsprobleme herangezogen werden können (§ 37 Abs. 1 und 2 TKG 2003).

3. Zum Marktanalyseverfahren gemäß § 37 TKG 2003

§ 37 TKG 2003 normiert in Umsetzung des Art. 16 Rahmen-RL das „Marktanalyseverfahren“: Gemäß Abs. 1 leg. cit. führt die Telekom-Control-Kommission von Amts wegen unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften in regelmäßigen Abständen, längstens aber in einem Abstand von zwei Jahren, eine Analyse der durch die Verordnung gemäß § 36 Abs. 1 TKG 2003 festgelegten relevanten Märkte – die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (TKMVO 2003) – durch.

Primäres Ziel dieses Marktanalyseverfahrens ist die Feststellung, ob auf dem jeweils relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen oder aber effektiver Wettbewerb gegeben ist. Je nach Ergebnis sind im Anschluss daran die spezifischen Verpflichtungen aufzuheben, beizubehalten, zu ändern oder aufzuerlegen.

Die Analyse eines Marktes kann folgende Ergebnisse bringen:

Gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Feststellung, dass auf dem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und somit kein effektiver Wettbewerb besteht, hat sie diesem oder diesen Unternehmen geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Bereits bestehende spezifische Verpflichtungen für Unternehmen werden, sofern sie den relevanten Markt betreffen, von der Regulierungsbehörde nach Maßgabe der Ergebnisse des Verfahrens unter Berücksichtigung der Regulierungsziele geändert oder neuerlich auferlegt (§ 37 Abs. 2 TKG 2003).

Stellt die Telekom-Control-Kommission demgegenüber fest, dass auf dem relevanten Markt effektiver Wettbewerb besteht und somit kein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, darf sie (mit Ausnahme von § 47 Abs. 2 TKG 2003) keine Verpflichtungen gemäß Abs. 2 leg. cit. auferlegen; diesfalls wird das Verfahren hinsichtlich dieses Marktes durch Beschluss der Regulierungsbehörde formlos eingestellt und dieser Beschluss veröffentlicht. Soweit für Unternehmen noch spezifische Verpflichtungen auf diesem Markt bestehen, werden diese mit Bescheid aufgehoben. In diesem Bescheid ist auch eine angemessene, sechs Monate nicht übersteigende Frist festzusetzen, die den Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung festlegt.

4. Relevanter Markt

Die Stellung als "Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht" bezieht sich immer auf einen bestimmten Markt. Märkte sind – auch innerhalb des Telekommunikationssektors – nach sachlichen und räumlichen Kriterien näher zu bestimmen. Die Regelung des § 37 TKG 2003, nach deren Kriterien der oder die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bestimmen sind bzw. das Vorhandensein effektiven Wettbewerbs festgestellt wird, setzt daher ebenfalls die Definition der nach sachlichen und geografischen Gesichtspunkten identifizierten Märkte voraus. Die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten Märkte wurden gemäß § 36 TKG 2003 durch Verordnung der Regulierungsbehörde – das ist mangels entsprechender Aufgabenzuweisung an die Telekom-Control-Kommission in § 117 TKG 2003 gemäß § 115 Abs. 1 TKG 2003 die RTR-GmbH – festgelegt.

5. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht

Gemäß § 35 Abs. 1 TKG 2003 „[gilt] ein Unternehmen [] dann als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich so starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Nutzern zu verhalten.“

Bei der Beurteilung, ob ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht hat („*single dominance*“), hat die Telekom-Control-Kommission „*insbesondere*“ nachfolgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken sowie das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
5. die jeweilige Marktphase,
6. der technologiebedingte Vorsprung,
7. allfällige Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation,
8. die Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen,
9. das Ausmaß vertikaler Integration,
10. das Ausmaß der Produktdifferenzierung,
11. der Zugang zu Finanzmitteln,
12. die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur,
13. das Verhalten am Markt im Allgemeinen, wie etwa Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder Errichtung von Barrieren (Abs. 2 leg. cit.).

Bei zwei oder mehreren Unternehmen ist davon auszugehen, dass sie gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen, wenn sie – selbst bei Fehlen struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander – in einem Markt tätig sind, dessen Beschaffenheit Anreize für eine Verhaltenskoordinierung aufweist (Abs. 3 leg. cit.).

Bei der Beurteilung, ob zwei oder mehrere Unternehmen gemeinsam über beträchtliche Marktmacht verfügen („*joint dominance*“), sind von der Telekom-Control-Kommission „*insbesondere*“ folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. das Ausmaß an Marktkonzentration, die Verteilung der Marktanteile und deren Veränderung im Zeitverlauf,
2. die Höhe von Markteintrittsschranken, das daraus resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb,
3. das Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht,
4. die vorhandene Markttransparenz,
5. die jeweilige Marktphase,
6. die Homogenität der Produkte,
7. die zugrunde liegenden Kostenstrukturen,
8. das Ausmaß an Nachfrage- und Angebotselastizität,
9. das Ausmaß an technologischer Innovation und der Reifegrad der Technologie,
10. die Existenz freier Kapazitäten,
11. die Existenz informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den Marktteilnehmern,
12. Mechanismen für Gegenmaßnahmen,
13. das Ausmaß der Anreize für Preiswettbewerb (Abs. 4 leg. cit.).

Die rechtliche Figur der kollektiven Marktmacht („*joint dominance*“) ist – jedenfalls nach der derzeitigen Rechtsprechung – gleichzusetzen mit dem ökonomischen Konzept der impliziten Kollusion („*tacit collusion*“). Darunter wird das „Parallelverhalten“ von Unternehmen verstanden, die – ohne explizite Willensübereinkunft – aber in Kenntnis ihrer Reaktionsverbundenheit – auf Kosten der Marktgegenseite (Konsumenten) – auf eine offensive Wettbewerbsstrategie zur Erzielung kurzfristiger individueller Absatzsteigerungen verzichten, weil dies längerfristig für alle Anbieter profitabel ist.

Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf horizontal und vertikal bzw. geografisch benachbarten Märkten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken („*Leveraging*“, § 35 Abs. 5 TKG 2003).

§ 35 TKG 2003 deckt sich weitgehend mit den einschlägigen europarechtlichen Vorgaben: So hält Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste („*Rahmenrichtlinie*“, Amtsblatt Nr. L 108 vom 24.04.2002) fest, dass ein Unternehmen dann als ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gilt, „*wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten*“.

Bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, handeln die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und berücksichtigen dabei weitestgehend die von der Europäischen Kommission veröffentlichten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht („*Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste*“, in der Folge „*Leitlinien*“, Amtsblatt Nr. C 165/6 vom 11.7.2002). Die bei dieser Beurteilung

heranzuziehenden Kriterien sind in Anhang II dieser Richtlinie aufgeführt (Art. 14 Abs. 2 Rahmen-RL); darin wird folgende nicht erschöpfende Auflistung von Kriterien für die Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung vorgenommen: gesättigter Markt, stagnierendes oder begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite, geringe Nachfrageelastizität, gleichartiges Erzeugnis, ähnliche Kostenstrukturen, ähnliche Marktanteile, Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie, keine Überkapazität, hohe Marktzutritthemmnisse, Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite, Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs, verschiedene Arten informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen, Mechanismen für Gegenmaßnahmen, fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.

Die Formulierung „insbesondere“ deutet klar darauf hin, dass die Aufzählung der Kriterien in § 35 TKG 2003 nicht erschöpfend ist; Anhang II der Rahmenrichtlinie hält explizit fest, dass die Liste der „von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung nach Art. 14 Abs. 2 Unterabsatz 2 zu berücksichtigenden Kriterien“ „nicht erschöpfend“ ist und die Kriterien „nicht kumulativ“ vorzuliegen haben.

Die Erläuterung zu § 35 TKG 2003 geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass nicht sämtliche Kriterien zu prüfen sind, „falls bereits Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters besteht“.

Der nationale wie auch der europäische Rechtsrahmen lösen den Zusammenhang zwischen „beträchtlicher Marktmacht“ iSd § 35 TKG 2003 und „effektivem Wettbewerb“ iSd § 37 TKG 2003 mit der so genannten „Gleichsetzungsthese“ auf, derzufolge bei Vorhandensein zumindest eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 kein effektiver Wettbewerb vorliegt. So hält die Europäische Kommission in ihren Leitlinien (Rz. 19, 112) fest, dass der Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, die Feststellung gleich kommt, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird „wirksamer Wettbewerb“ dahin gehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt (vgl. ebenso Erwägungsgrund 27 der RahmenRL).

Die Definitionsansätze in der Europäischen Kommission, der OECD bzw. der IRG umfassen ein ähnliches Begriffsverständnis:

„Effective competition can be defined as the persistent absence of players with market power. In its essence market power is the ability to influence prices and of persistently enjoying higher profits than those enjoyed by firms which do not possess market power. In an effectively competitive market users are better off, because they are more likely to be provided a greater variety of products and/or services of lower price and higher quality than they could be provided in a non-competitive market“.

Für die Operationalisierung der Marktanalyse sind die vorerwähnten Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht einschlägig: Im Gegensatz zum allgemeinen Wettbewerbsrecht verfolgt die sektorspezifische Regulierung eine ex-ante-Betrachtung. Bei der Beurteilung wettbewerblicher Verhältnisse ist von der Prämisse auszugehen, dass keine Regulierung gegeben ist („Greenfield“-Ansatz). So hält auch die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt fest: „Bei der Ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen alleine oder gemeinsam auf dem relevanten Markt eine beherrschende Stellung einnehmen, sind die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen als eine Wettbewerbsbehörde bei der Ex-Post-Anwendung [] muss sich die Marktanalysen hauptsächlich auf Prognosen stützen. [] Der Umstand, dass sich die

ursprüngliche Marktprognose der NRB in einem gegebenen Fall nicht bestätigt, bedeutet nicht notwendigerweise, dass diese Entscheidung, zum Zeitpunkt, als sie erlassen wurde, mit der Richtlinie unvereinbar war.“ (Rz. 70, 71).

Fußnote 73 zu den Leitlinien hält darüber hinaus fest, dass „*die NRB keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen.*“

6. Zur Beurteilung effektiven Wettbewerbs am Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen

Wie festgestellt sind die Märkte für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen per Marktdefinition Monopolmärkte, der Marktanteil der Verfahrenspartei beträgt sohin konstant 100%. Schwankungen des Marktanteiles sind genauso wenig möglich wie Eintritte in diesen Markt. Damit ist Wettbewerb durch (potenzielle) Mitbewerber faktisch ausgeschlossen und letztlich die Marktgegenseite (die Nachfrager) die einzige Kraft, welche die Marktmacht einer Monopolstellung disziplinieren kann (vgl. Europäische Kommission, Begründung der Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABl. L 114, S. 45).

Für die Beurteilung effektiven Wettbewerbs bzw. der Identifizierung beträchtlicher Marktmacht folgt daraus einerseits, dass der betreiberindividuelle Markt nur auf das Vorliegen einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung („*single dominance*“) iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 zu prüfen ist. Andererseits spielen – wie in den nachfolgenden Kapiteln zu zeigen sein wird – eine Reihe von Marktmachtindikatoren auf Grund der gegebenen Marktdefinition keine bzw. lediglich eine untergeordnete Rolle:

Eine Untersuchung (im Rahmen einer ex-ante-Betrachtung) von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens zeigt, dass Hutchison klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen. Dies gilt insbesondere für die Fest-Mobil-Zusammenschaltung, aber im Allgemeinen auch für die Mobil-Mobil-Zusammenschaltung. Diese Erkenntnis wird letztlich auch durch den internationalen Preisvergleich bestätigt, der zeigt, dass die Terminierungsentgelte jener Mobilfunkbetreiber, die keiner Entgeltregulierung unterliegen, im Durchschnitt höher sind.

Dass eine Erhöhung der Terminierungsentgelte von Mobilbetreibern nicht vorgenommen wurde, hängt wesentlich von der bisherigen Regulierungstätigkeit ab; so hat es in den vergangenen Jahren regelmäßig Streitschlichtungsverfahren iSd § 41 TKG (1997) gegeben, in deren Rahmen subsidiär als Ersatz einer privatautonomen Vereinbarung (auch) die Höhe der wechselseitig zu entrichtenden Terminierungsentgelte zwischen Mobilnetzbetreibern und zwischen Mobil- und Festnetzbetreibern festgelegt wurde. Schon die Möglichkeit der Androhung der Anrufung der Regulierungsbehörde hat nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission eine restringierende Wirkung auf das Verhalten der Mobilbetreiber gehabt.

Der einzige Indikator, der die Hutchison auf „ihrem“ Terminierungsmarkt restringieren könnte, ist die nachfrageseitige Gegenmacht, die jedoch – wie umfassend aufgezeigt – keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Mobilterminierungsmonopol hat.

Die Beurteilung der Telekom-Control-Kommission, dass ein Mobilbetreiber auf seinem eigenen Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügt, wird auch durch einen europäischen Vergleich gestützt: Andere Regulierungsbehörden sehen – wie festgestellt – ebenfalls alle operativ tätigen Mobilbetreiber auf jeweils ihrem eigenen Terminierungsmarkt als marktbeherrschend an; dabei wurden im Wesentlichen die selben Marktmacht-Indikatoren – Marktanteile, Markteintrittsbarrieren, monopolistische

Marktstruktur, nachfrageseitige Gegenmacht – Untersuchungen unterzogen. Die Europäische Kommission hat im Rahmen der Koordinationsverfahren, deren primäres Ziel die Vereinheitlichung von Regulierungsmaßnahmen ist, keine Einwände gegen die von den anderen Regulierungsbehörden vorgenommenen Feststellungen geäußert, weswegen sich die Telekom-Control-Kommission in ihrer eigenen Beurteilung bestätigt sieht.

Der Grund für die Monopolstellung und Ursache für Marktfehler sind insbesondere zwei strukturelle Besonderheiten der Terminierungsleistung:

1. Die Terminierungsleistung zu einem bestimmten mobilen Endgerät (Teilnehmer) ist – jedenfalls solange das Vertragsverhältnis aufrecht ist – eine Monopoleistung und kann durch keinen anderen Betreiber als denjenigen, bei dem die SIM-Karte freigeschaltet ist (der Teilnehmer subskribiert ist), erbracht werden.
2. Die gesamten Kosten eines Gesprächs zu einem Mobilfunkteilnehmer (Originierung, Transit und Terminierung) trägt der rufende Teilnehmer. Dem gerufenen Teilnehmer fallen keine Kosten an. Dieses, als *Calling-Party-Pays-Prinzip* (CPP) bezeichnete Tarifsysteem, ist verantwortlich für folgende Externalität: Die Entscheidung, über welches Netz Gespräche zugestellt werden (und sohin auch was die Zustellung kostet) trifft der gerufene Teilnehmer, die Kosten aber trägt der rufende Teilnehmer.

Diese zwei strukturellen Besonderheiten sind der Grund für die nachfolgend aufgezählten potentiellen Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit der Mobilterminierungsleistung in das Netz der Hutchison:

1. Wettbewerbsproblem 1:
Allokative Marktverzerrungen auf Grund überhöhter Terminierungsentgelte (d.h. Entgelten über den Kosten) für Anrufe von Festnetzen ins Mobilnetz; die überhöhten Terminierungsentgelte führen – da die Terminierungsentgelte direkten Einfluss auf die variablen Kosten eines Festnetzbetreibers haben – zu aus wohlfahrts-ökonomischer Sicht überhöhten (Endkunden-)Preisen (und damit zu geringen Outputmengen) für Gespräche von Festnetzen in Mobilnetze. Dieses Wettbewerbsproblem ist aus ökonomischer Sicht das Wesentlichste.
2. Wettbewerbsproblem 2:
Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls*.
3. Wettbewerbsproblem 3:
Gefahr von *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern (*Greenfielder*, MVNOs) durch Zusammenschaltungsverweigerung, überhöhte Terminierungsentgelte, Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls* oder andere nichtpreisliche Taktiken (*raise rival's cost*); damit in Zusammenhang steht die Übertragung von Marktmacht auf die Endkundenebene. Auf Grund der Tatsache, dass die Übergewinne aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Quersubventionierungen von *On-net-Tarifen* aus Übergewinnen aus Terminierungsleistungen.
4. Wettbewerbsproblem 4:
Unter Umständen *Foreclosure-Strategien* gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern (z.B. Fest-Mobil-Konvergenz oder im Rahmen von *Virtual Private Networks*) bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen. Diese wird nicht zuletzt durch die ausgeprägte Diskriminierung zwischen impliziten Terminierungsentgelten für *on-net calls* und jenen die für *off-net calls* verrechnet werden, verstärkt. Auf Grund der Tatsache, dass die Übergewinne

aus Terminierungsleistungen am Endkundenmarkt eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Quersubventionierungen von *On-net-Tarifen* aus Übergewinnen aus Terminierungsleistungen.

Aufgrund dieser Ausführungen, auf die im Folgenden im Detail eingegangen wird, gelangt die Telekom-Control-Kommission zur Auffassung, dass Hutchison als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 einzustufen ist und auf dem Terminierungsmarkt der Hutchison kein effektiver Wettbewerb besteht:

6.1. Zum Indikator „Größe des Unternehmens, relative Größe sowie Veränderung der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf“

Im Kontext der Untersuchung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht – „single dominance“ – eines Unternehmens nennt § 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 „*die Größe des Unternehmens, seine Größe im Verhältnis zu der des relevanten Marktes sowie die Veränderungen der relativen Positionen der Marktteilnehmer im Zeitverlauf*“. Die Leitlinien der Europäischen Kommission (Rz. 75 - 78) nennen Marktanteile als einen von mehreren Marktmachtindikatoren; dabei wird festgehalten, dass ein hoher Marktanteil allein noch nicht bedeutet, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Allerdings ist auch nicht anzunehmen, dass ein Unternehmen ohne einen hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.

Die Europäische Kommission hat in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt, obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liefern besonders hohe Marktanteile – über 50% – ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung. Einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil kann beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist. Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.

Wie festgestellt ist der Markt für Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen, diesfalls der Verfahrenspartei, per Definition ein Monopolmarkt. Das bedeutet, dass der Marktanteil bei 100% liegt, wobei es keine Veränderungen desselben gibt bzw. geben kann. Ein Monopol kann grundsätzlich als vollständige Abwesenheit von Wettbewerb definiert werden.

Die aus der Marktabgrenzung resultierende „überragende“ Stellung der Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt deutet im Licht der oben genannten Schwellen sohin klar auf eine (alleinige) marktbeherrschende Stellung hin.

Mit der Höhe der Marktanteile geht die Anforderung an entlastende Umstände einher; allgemein kann festgehalten werden, dass bei sehr hohen Marktanteilen die Feststellung der Marktbeherrschung nur dadurch erschüttert werden könnte, dass beweisbare entlastende Umstände zweifelsfrei vorliegen (vgl. *Stratil*, TKG 2003, S. 104) und klar gegen eine beherrschende Stellung sprechen.

Einen Schritt weiter geht *Schröter* in *Schröter/Jakob/Mederer* im Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (2003); dieser hält fest (S. 856), dass „*die Fähigkeit zu unabhängigen, nicht vom Wettbewerb gesteuerten Marktstrategien [] sich nur zugunsten [] des nicht nur vorübergehenden aufrechterhaltenen Monopols ohne vorherige wirtschaftliche*

Analyse, dh sofort und unmittelbar, feststellen [lässt]. In allen anderen Fällen bedarf es der Würdigung einer Mehrzahl von Indikatoren, die mittelbar auf die Existenz einer beherrschenden Stellung schließen lassen.“ Weiters wird festgehalten, dass „Unternehmen in Monopolstellung [] notwendigerweise marktbeherrschend [sind], und zwar unabhängig davon, ob das Monopol auf Rechtsvorschriften oder Verwaltungsakt beruht oder rein tatsächlicher Natur ist“ (vgl. auch Groeben/Thiesing/Ehlermann in Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, S. 2/788, Langen/Bunte in Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, S. 2145 sowie von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Rz. 94 zu Art. 82 EG). Immenga/Mestmäcker bestätigt diese Ausführungen im Kommentar zum EG-Wettbewerb (S. 708, mit einer Reihe von Nachweisen), dass „der Inhaber eines rechtlichen oder faktischen Monopols auf dem relevanten Markt [] marktbeherrschend [ist]“.

Barfuss/Wollmann/Tahedi („Österreichisches Kartellrecht“, S. 89) halten in diesem Zusammenhang zum nationalen Wettbewerbsrecht wie folgt fest: „Kein Wettbewerb bedeutet, dass auf dem in Frage kommenden Markt nur ein einziger Unternehmer, als Anbieter oder Nachfrager, vorhanden ist. Die Eigenschaft der Marktbeherrschung ergibt sich hier unmittelbar aus der Abgrenzung [] Tatsächliche Monopole werden dort zu finden sein, wo die Waren oder Leistungen eines Unternehmens nicht substituierbar sind“.

Ein wesentlicher Marktmacht-Indikator iSd § 35 Abs. 2 TKG 2003 – der Marktanteil – spricht nicht zuletzt im Lichte der Ausführungen zum allgemeinen Wettbewerbsrecht deutlich für einen marktbeherrschende Stellung der Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt.

Auch wenn die ErläutRV zu § 35 TKG 2003 – analog zum allgemeinen Wettbewerbsrecht – davon ausgehen, dass nicht sämtliche Marktmachtkriterien zu prüfen sind, falls bereits „Gewissheit über das Vorliegen eines einzigen Parameters“ besteht, werden in weiterer Folge anderen Marktmacht-Indikatoren, soweit sie für den Terminierungsmarkt von Relevanz sein können, bewertet, wobei die Telekom-Control-Kommission auf Grund dieses Ergebnisses sich nur gehalten sieht, vom Zwischenergebnis – Hutchison verfügt über beträchtliche Marktmacht – abzuweichen, wenn zweifelsfrei bedeutsame Marktmacht-Indikatoren für effektiven Wettbewerb am Terminierungsmarkt der Hutchison sprechen.

6.2. Zum Indikator „Markteintrittsschranken“

Die Liste der Kriterien für eine alleinige beträchtliche Marktmacht (§ 35 Abs. 2 Z 1 TKG 2003) nennen die „Höhe von Markteintrittsschranken“ sowie das daraus „resultierende Ausmaß an potenziellem Wettbewerb“ als einen Marktmachtindikator. Randziffer 80 der Leitlinien nennen ebenfalls „Marktzutrittsschranken“.

So halten die Leitlinien fest, dass die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auch davon abhängt, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten z.B. ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten. Die Prüfung von Marktzutrittsschranken ist ein wesentliches Element jeder Prüfung von Marktmacht (vgl. EuGH Rs. 6/72 – Continental Can/Kommission, Slg. 1973, 215).

Die Barrieren für einen „Eintritt“ in einen (bestehenden) betreiberindividuellen Terminierungsmarkt sind unüberwindbar, da jeder neu in den „Markt“ eintretende Mobilnetzbetreiber seinen *eigenen* betreiberindividuellen Terminierungsmarkt konstituiert und auf diesem über 100% Marktanteil verfügt. Potenzieller Wettbewerb durch „anderen Teilnehmer“ auf einem betreiberindividuellen Markt ist damit ausgeschlossen.

Auch dieser Indikator spricht ohne Zweifel für die Stellung der Verfahrenspartei als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

6.3. Zu den Indikatoren „technologiebedingter Vorsprung, Vorteile in der Verkaufs- und Vertriebsorganisation, Existenz von Skalenerträgen, Verbund- und Dichtevorteilen, Zugang zu Finanzmitteln, die Kontrolle über nicht leicht ersetzbare Infrastruktur, die Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie das Ausmaß an Produktdifferenzierung“

Diese Indikatoren sind explizit im TKG 2003 als Marktmachtindikatoren für „single dominance“ genannt (vgl. § 35 Abs. 2 Z 1, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12 TKG 2003). Auch die Leitlinien der Europäischen Kommission nennen diese Indikatoren (vgl. Rz. 78).

Auch in diesem Kontext ist festzuhalten, dass eine Analyse von SMP-Indikatoren, die auf das Größenverhältnis des potenziell alleinmarktmächtigen Unternehmens zu seinen „Mitkonkurrenten“ auf dem betroffenen Markt wie auch jener, die auf (potenzielle) Substitute von (potenziellen) Konkurrenten wie Nachfrage- und Angebotselastizitäten sowie Ausmaß an Produktdifferenzierung abstellen, keine Schlussfolgerungen betreffend die Verhältnisse auf einem Monopolmarkt zulassen können.

6.4. Zu den Marktverhaltens-Indikatoren (Preispolitik, Preisentwicklung, internationaler Preisvergleich)

§ 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 nennt das „*Verhalten am Markt*“ als weiteres Kriterium für die Beurteilung einer alleinigen beträchtlichen Marktmacht. Während sich die anderen Indikatoren für „single dominance“ als unternehmens- und marktbezogene Faktoren darstellen, zielt dieses Kriterium auf das Verhalten der Marktteilnehmer ab; exemplarisch nennt Z 13 leg. cit. Preissetzung, Marketingpolitik, Bündelung von Produkten und Dienstleistungen oder die Errichtung von Barrieren.

Die Möglichkeit, Preise nachhaltig über dem Wettbewerbsniveau (bzw. dem Preisniveau der Mitbewerber) zu halten (überhöhte Preise), ist ein wesentliches Indiz für Marktmacht, das unter § 35 Abs. 2 Z 13 TKG 2003 zu subsumieren ist.

Bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb ist grundsätzlich keines der Unternehmen alleine in der Lage – jedenfalls längerfristig – Preise signifikant über das Wettbewerbsniveau bzw. das Niveau der Mitbewerber zu heben.

Trotz grundsätzlicher Probleme mit internationalen Preisvergleichen, wie die Heterogenität von Tarifstrukturen, Abrechnungsmodellen, Kostenstrukturen, sind internationale Preisvergleiche ein wichtiger Bestandteil einer Wettbewerbsanalyse, da sie letztlich der einzige für diesen Markt brauchbare Vergleichsmaßstab für einen wesentlichen Wettbewerbsparameter sind.

Aus den Marktverhaltens-Indikatoren, wie Preispolitik, Preisentwicklung, internationaler Preisvergleich, lassen sich jedoch keine Schlussfolgerungen betreffend Marktmacht ziehen, da die Entgelte für die Leistung der Terminierung – mit 1999 beginnend – im Rahmen von Streitschlichtungsverfahren gemäß § 41 TKG (1997) von der Telekom-Control-Kommission – als Substitute privatrechtlicher Vereinbarungen – festgelegt wurden. Aus diesem Grund lassen sich keine Schlussfolgerungen betreffend Marktverhalten ziehen.

Im Kontext „Marktverhalten“ soll ein Blick auf die bisherige Praxis betreffend „Zusammenschaltungsverpflichtung“ vor dem Hintergrund des Primats der Privatautonomie geworfen werden: Der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte war – über die Jahre gesehen – stets die Ausnahme, wengleich in den letzten Monaten Einigungen betreffend die Mobil-Zusammenschaltungsentgelte herbeigeführt werden konnten und in diesem Kontext das Mobil-Zusammenschaltungsentgelt der tele.ring gesenkt wurde; auch wurde seitens

Mobilkom im Laufe des Sommers 2001 – während eines laufenden Streitschlichtungsverfahrens vor der Telekom-Control-Kommission, in dem die Zusammenschaltungsentgelte der Mobilkom verfahrensgegenständlich waren – eine Senkung des Entgeltes (freiwillig) angeboten. Die Telekom-Control-Kommission erachtet es jedoch – insofern übereinstimmend mit den Amtssachverständigen – als denkmöglich, dass die Einigungen bzw. das Angebot einer freiwilligen Senkung vor dem Hintergrund der laufenden Marktanalyse-Verfahren (bzw. im Fall der Mobilkom vor dem Hintergrund des damaligen Streitschlichtungsverfahrens) stattgefunden haben und taktisches Kalkül im Vordergrund stand; fest steht jedoch, dass über einen mehrjährigen Zeitraum fast nie Einigungen über die Höhe der Mobil-Zusammenschaltungsentgelte erreicht wurde. Konkrete Schlussfolgerungen lassen sich hieraus jedoch nur in einem sehr eingeschränkten Ausmaß ziehen.

Damit rückt eine Betrachtung, die der Frage nachgeht, wie sich Unternehmen bei Abwesenheit von Regulierung verhalten würden, in den Vordergrund der Analyse potentieller wettbewerblicher Verhältnisse. Diese Vorgehensweise entspricht den Vorgaben für die sektorspezifische Regulierung: Im Gegensatz zu einer ex-post-Anwendung der Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechtes ist das Bestehen von Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 über eine „Vorabprüfung“ – eine ex-ante-Betrachtung – zu beurteilen. Diese Vorgehensweise bedingt daher neben der Berücksichtigung vergangener Fakten auch das Anstellen von Prognosen. So halten die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht fest, dass *„bei der ex-ante-Beurteilung, ob Unternehmen [] eine beherrschende Stellung einnehmen, [] die NRB grundsätzlich auf andere Hypothesen und Annahmen angewiesen [ist] als eine Wettbewerbsbehörde bei der ex-post-Anwendung von Art 82 im Hinblick auf eine angebliche missbräuchliche Ausnutzung“*. Angemerkt wird darüber hinaus, dass *„die Regulierungsbehörden keine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung feststellen müssen, um ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen“* (Fn. 73 der Leitlinien).

In Kontext einer ex-ante Betrachtung von Marktverhaltens-Indikatoren spielt die ökonomische Analyse von Anreizstrukturen eines profitmaximierenden Unternehmens eine zentrale Rolle. Die Feststellungen dazu zeigen, dass die Verfahrenspartei – aus ökonomischer Sicht – klare Anreize hat, die Zusammenschaltungsentgelte über das (fiktive) Wettbewerbsniveau zu setzen und sich sohin unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Nutzern iSd § 35 Abs. 1 TKG 2003 verhalten kann. Dies gilt insbesondere für die Fest-Mobil-Zusammenschaltung, aber im Allgemeinen auch für die Mobil-Mobil-Zusammenschaltung. Diese Erkenntnis wird letztlich auch durch den internationalen Preisvergleich bestätigt, der zeigt, dass die Terminierungsentgelte jener Mobilfunkbetreiber, die keiner Entgeltregulierung unterliegen, im Durchschnitt höher sind.

6.5. Zum Indikator „Nachfrageseitige Verhandlungsmacht“

Die bisherigen Ausführungen zur Beurteilung der wettbewerblichen Verhältnisse am Terminierungsmarkt zeigen auf, dass auf dem gegenständlichen Monopolmarkt faktisch kein Wettbewerb besteht bzw. auch nicht bestehen kann; als einziger Faktor, der diese Monopolmarktmacht gegebenenfalls disziplinieren könnte, verbleibt – und stellt sohin das Schlüsselkriterium dar – die nachfrageseitige Verhandlungsmacht, die auf der Ebene von Endkunden und bzw. oder der Vorleistungsebene wirksam werden könnte:

Das „Ausmaß der nachfrageseitigen Gegenmacht“ wird im TKG 2003 als eines der Kriterien zur Beurteilung einer alleinigen marktbeherrschenden Stellung angeführt (§ 35 Abs. 2 Z 3 TKG 2003). Dieses Kriterium ergibt sich bereits aus der Definition der „beträchtlichen Marktmacht“ gemäß Abs. 1 leg. cit., da sich ein Unternehmen (auch) unabhängig von seinen

Wettbewerbern, Kunden und Nutzern verhalten können muss, um als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu gelten.

So hält auch die Europäische Kommission in ihrer Begründung zu ihrer Empfehlung vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl. L 114, S. 45) wie folgt fest: „... Dies würde bedeuten, dass derzeit jeder Betreiber eines Mobilfunknetzes auf seinem Markt der einzige Anbieter ist. Ob jedoch alle Betreiber über Marktmacht verfügen, richtet sich nach der Existenz entsprechender Kaufkraft auf der anderen Seite, wodurch jede anhaltende Preiserhöhung unwirtschaftlich würde“ (Seite 34). In der englischsprachigen Fassung der Begründung der Empfehlung betreffend relevante Produkt- und Dienstmärkte (Seite 34) wird „countervailing buyer power“ mit „Kaufkraft“ übersetzt; nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission – so auch der Amtssachverständigen – ist der deutschsprachige Ausdruck „nachfrageseitige Gegenmacht“ aussagekräftiger und folglich geeigneter als „Kaufkraft“.

Nachfrageseitige Gegenmacht seitens eines Endkunden setzt – wie im Marktanalyse-Gutachten ausgeführt – voraus, dass

- dieser eine signifikante Größe in Verhältnis zu den Gesamtumsätzen seines Mobilbetreibers erreichen muss, so dass der Verlust der mit dem Kunden verbundenen aktiv- wie passivseitigen Einnahmen für den Mobilbetreiber höher ist als der mit einer Absenkung der Terminierungsentgelte verbundene Einnahmenentgang. Dabei muss nicht zwingend von nur einem Kunden ausgegangen werden, sofern es gelingt, Nachfrage gleichen Interesses zu aggregieren und in eine gemeinsame Verhandlungsposition einzubringen.
- die Drohung, den Anbieter gegebenenfalls zu wechseln, glaubhaft sein muss (vgl. auch *Stratil, TKG 2003, Rz 7 zu § 35*)
- sofern die Gespräche in anderen Netzen originieren, die Absenkung auch in den Endkundenentgelten dieser Anbieter abgebildet werden muss und
- die resultierenden Einsparungen über den mit dem Ausüben der Gegenmacht verbundenen Transaktionskosten liegen.

Die eingehende Untersuchung der zur Diskussion stehenden Fallkonstellationen im wirtschaftlichen Gutachten (Marktanalyse-Gutachten) hat gezeigt, dass es in dem Fall, dass der Kunde (Unternehmen) von Teilnehmern anderer Netze gerufen wird, selbst sehr großen Unternehmen bzw. Organisationen nicht möglich sein wird, niedrigere Terminierungsentgelte für Rufe von Dritten aus anderen Netzen durchzusetzen, da die Nettobilanz für den Mobilbetreiber jedenfalls negativ sein wird, die Weitergabe einer Absenkung der Terminierungskosten durch andere Betreiber nicht hinreichend sichergestellt werden kann und andere Produkte mit wesentlich geringeren Folgekosten zur Verfügung stehen, um den vom Unternehmen (Kunden) gewünschten Effekt zu erreichen.

Für jene Fälle, die die unternehmensinterne Kommunikation aus unterschiedlichen Netzen in den Mittelpunkt stellen, lassen sich grundsätzlich analoge Schlüsse ziehen, mit der Besonderheit, dass in diesen Fällen die Option kostengünstiger netzinterner Gespräche in den Vordergrund tritt (da die Entscheidung durch den Kunden fällt und keine Gespräche von Dritten involviert sind). In einem weiteren Fall – „Unternehmen ist Kunde zweier Mobilnetze“ – wird der Wettbewerb am mobilen Endkundenmarkt ausschlaggebend dafür sein, ob sich der Kunde gegebenenfalls für einen der beiden Anbieter oder aber für beide Anbieter mit entsprechend angepassten Endkundenentgelten entscheiden wird. In dem Fall, in dem das Unternehmen Festnetz- und Mobilkunde ist, werden seitens des Mobilbetreibers gegebenenfalls Produkte angeboten, die entweder externe Festnetzgespräche durch *on-net calls* substituieren (zB. *SIM-Gateways*) oder aber der Kunde hat die Möglichkeit, Teilnehmer

des Festnetzarms des betreffenden Mobilunternehmens zu werden und solcherart gegebenenfalls in den Genuss niedrigerer (externer, impliziter) Terminierungsentgelte zu kommen.

Niedrige und sinkende *On-net-Entgelte* entfalten so die Wirkung, dass sie eine nachfrageseitige Gegenmacht unterminieren, da der Anreiz, Teilnehmer des (bzw. nur eines) Unternehmens zu werden, mit dem Gefälle zwischen den Entgelten für externe bzw. netzinterne (implizite) Terminierungsleistungen eine zusätzliche Sogwirkung erfährt.

In der Frage, inwieweit nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden anderer Anbieter ausgeübt werden kann, ist festzuhalten, dass ein Endkunde (unabhängig von seinem Gesprächsvolumen) kaum eine Möglichkeit haben wird, direkt nachfrageseitige Verhandlungsmacht gegenüber dem terminierenden Mobilbetreiber auszuüben, da letzterer mit ihm über Terminierungsentgelte nicht verhandeln kann und wird und es immer der Mitwirkung des eigenen Anbieters, der die Endkundenentgelte festlegt, bedarf. Jeglicher Druck auf eine Absenkung der Terminierungsentgelte für Rufe in ein bestimmtes Mobilnetz kann somit immer nur mittelbar über den eigenen Betreiber – der bei bestehendem Wettbewerb am Endkundenmarkt auch ein Interesse hat, im Interesse seiner Kunden niedrige Terminierungsentgelte durchzusetzen – ausgeübt werden. Da der Anbieter gleichzeitig auch die Nachfrage seiner Endkunden nach Terminierungsleistungen in (Mobil-)Netzen aggregiert und auf Vorleistungsebene der Vertragspartner für Zusammenschaltungsleistungen ist, ist es in erster Linie die Vorleistungsebene, auf der sich gegebenenfalls eine dem Interesse einer monopolistische Preissetzung entgegenstehende nachfrageseitige Verhandlungsmacht finden kann.

Für die Endkundenebene zeigt sich somit, dass selbst wenn unterstellt würde, dass die Drohung des Unternehmens gegebenenfalls den Betreiber zu wechseln, glaubhaft gemacht werden kann (was angesichts eines Gesamtportfolios an Leistungen und der damit verbundenen Transaktions- bzw. Wechselkosten durchaus angezweifelt wird), keine nachfrageseitige Gegenmacht durch Endkunden hinsichtlich der Terminierungsentgelte aus anderen Netzen besteht. In jedem Fall ist es für den Kunden wie auch für den betreffenden Mobilbetreiber günstiger, rationaler und effektiver, andere Lösungen zu finden, die im Ergebnis die nachfrageseitige Gegenmacht von Endkunden (in Bezug auf die Terminierungsleistung) unterhöheln. Dies gilt nicht nur für einen einzelnen (großen) Kunden, ein analoger Schluss lässt sich auch für eine Aggregation der Nachfragemacht argumentieren, ohne hierbei auf die damit verbundenen Schwierigkeiten und Transaktionskosten einzugehen. Eine Gegenmacht zur Verringerung der Terminierungsentgelte für Rufe aus anderen Netzen, die ein Ausmaß erreicht, das es dem Mobilbetreiber verunmöglicht, seine aus dem Monopol der Anrufzustellung resultierende Marktmacht auszuüben, kann somit ausgeschlossen werden. Im Gegenteil: Die aufgezeigten Strategien machen deutlich, dass es im Interesse des jeweils terminierenden Unternehmens ist, den Unterschied in den Kosten zwischen externer und impliziter interner Terminierung möglichst hoch zu halten, da diese Diskrepanz eine zentrale Kraft für das Wachstum am Endkundenmarkt darstellt.

Auch um nachfrageseitige Gegenmacht auf Vorleistungsebene ausüben zu können, muss der Nachfrager zunächst über ein glaubwürdiges und effektives Drohpotenzial verfügen; d.h. er muss ein erhebliches Nachfragevolumen auf sich konzentrieren und dem Anbieter gegenüber glaubwürdig androhen können, dieses zu reduzieren, sollte der Anbieter den Forderungen nach einem niedrigeren Preis nicht nachgeben. Die Drohung, die Leistung von einem anderen Anbieter zu beziehen oder sie selbst zu produzieren, ist die effektivste und glaubwürdigste im Zusammenhang mit Nachfragemacht. Diese steht allerdings einem Nachfrager von Terminierungsleistungen auf der Vorleistungsebene nicht zur Verfügung, was seine Verhandlungsmacht ganz erheblich einschränkt.

Wie die eingehende Analyse zeigt (Marktanalyse-Gutachten), verfügen einzig große Mobilfunkbetreiber gegenüber sehr kleinen (gerade in den Markt eingetretenen) Konkurrenten über ein glaubwürdiges Drohpotenzial zur Durchsetzung von Nachfragemacht. Dies begründet sich auf der Drohung, die Zusammenschaltung zu verweigern (verzögern, etc.). Diese Drohung ist allerdings nur dann glaubwürdig, wenn es keine Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung gibt (was aber wiederum Ursache für andere Wettbewerbsprobleme wie *Foreclosure* sein kann). Darüber hinaus beschränkt sich das Potenzial für Nachfragemacht auf den sehr kurzen Zeitraum des Markteintritts. Sobald ein Betreiber über eine signifikante Teilnehmerbasis verfügt, ist die Verweigerung der Zusammenschaltung mit diesem nicht mehr rational und damit deren Androhung ungläubwürdig.

Praktisch über keine Verhandlungsmacht verfügen Verbindungsnetzbetreiber im Festnetz (*one-way access*). Festnetzanbieter, die selbst Terminierungsleistungen anbieten, haben zwar mehr Optionen zur Durchsetzung von Nachfragemacht als Verbindungsnetzbetreiber, allerdings sind auch deren Möglichkeiten zur Ausübung von Nachfragedruck beschränkt. Darüber hinaus verfügt nur ein sehr kleiner Teil der Festnetzbetreiber über ein Nachfragevolumen von mehr als 1% der gesamten Mobilfunkterminierungsleistungen. Ebenfalls zu erwähnen ist auch die Eigentumsverschränkung zwischen dem Festnetzbetreiber mit der potenziell größten Nachfragemacht (Telekom Austria) und dem größten Mobilfunkbetreiber (Mobilkom); es ist nicht davon auszugehen, dass Telekom Austria Nachfragedruck auf Mobilkom ausübt, da dies das Ergebnis des Gesamtkonzerns beeinträchtigt.

Die bestehende Interoperabilitäts-Verpflichtung iSd § 22 TKG 2003 sowie die allgemeine Pflicht zur Zusammenschaltung gemäß § 48 TKG 2003 schränkt die Möglichkeit zur Durchsetzung nachfrageseitiger Gegenmacht entscheidend ein, da die Drohung der Nicht-Zusammenschaltung nicht aufrecht erhalten werden kann.

Im Ergebnis – und unter Berücksichtigung der allgemeinen Verpflichtung zur Zusammenschaltung – kann somit auch für die Vorleistungsebene festgehalten werden, dass die nachfrageseitige Verhandlungsmacht keine hinreichend disziplinierende Wirkung auf den mit Mobilterminierungsmonopolen verbundenen Preissetzungsspielraum auszuüben vermag.

Das Schlüsselkriterium iSd Begründung zur Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (ABl. L 114, S. 45) für die Beurteilung von Marktmacht auf dem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt – die „nachfrageseitige Gegenmacht“ – vermag sohin das Zwischenergebnis, dass die Verfahrenspartei auf ihrem Terminierungsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, nicht zu erschüttern, da keine bzw. in einzelnen Konstellationen eine nur sehr geringe nachfrageseitige Gegenmacht vorhanden ist.

7. Zu den spezifischen Verpflichtungen („Regulierungsinstrumenten“) nach dem TKG 2003

7.1. Allgemeines

Unternehmen, die über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 verfügen, sind geeignete spezifische Verpflichtungen nach §§ 38 bis 46 oder nach § 47 Abs. 1 TKG 2003 aufzuerlegen. Dabei sind grundsätzlich folgende Verpflichtungen möglich:

- § 38 TKG 2003: Gleichbehandlungsverpflichtung
- § 39 TKG 2003: Transparenzverpflichtung
- § 40 TKG 2003: Getrennte Buchführung

- § 41 TKG 2003: Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen
- § 42 TKG 2003: Entgeltkontrolle und Kostenrechnung für den Zugang
- § 43 TKG 2003: Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer
- § 44 TKG 2003: Bereitstellung von Mietleitungen
- § 45 TKG 2003: Pflichten für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht hinsichtlich Endkundenentgelten
- § 46 TKG 2003: Betreiberwahl und Betreiberwahl
- Gemäß § 47 Abs. 1 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Diesfalls hat die Regulierungsbehörde bei der Europäischen Kommission einen entsprechenden Antrag zu stellen. Die Entscheidung der Europäischen Kommission ist dann der Entscheidung der Regulierungsbehörde zugrunde zu legen.

Bei der Wettbewerbsregulierung hat die Regulierungsbehörde bezüglich der Auferlegung von Regulierungsinstrumenten die Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003 sowie den Zielekatalog des § 34 TKG 2003 zu berücksichtigen. In den einschlägigen Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens wird an mehreren Stellen auf das zu beachtende Verhältnismäßigkeitsprinzip hingewiesen (so in Art. 8 Abs. 1 Rahmen-RL, Art 8 Abs. 4 der Zugangs-RL und in Art. 17 Abs. 2 der Universaldienst-RL). Das Verhältnismäßigkeitsprinzip besagt, dass die Mittel, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks eingesetzt werden, nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und erforderlich ist. Damit eine Maßnahme der Regulierungsbehörde mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar ist, muss somit erstens ein berechtigtes, in § 1 Abs. 2 TKG 2003 (bzw. dessen europarechtlichen Grundlagen) normiertes Ziel verfolgt werden. Die Maßnahme, die zur Erreichung dieses Ziels eingesetzt wird, muss zweitens zur Zielerreichung notwendig sein. Sie darf aber drittens keine unzumutbare Belastung des betroffenen Betreibers darstellen. Bei der ergriffenen Maßnahme soll es sich daher um das Minimum (siehe auch Rz 118 der SMP-Leitlinien der Europäische Kommission) handeln, was zur Erreichung des in Frage stehenden Ziels erforderlich ist (*Stratil*, TKG 2003, Rn 3 zu § 34 TKG 2003).

Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung ist von der Regulierungsbehörde ferner der in Art. 17 Universaldienst-RL bzw. in § 43 Abs. 1 Z 1 TKG 2003 enthaltene Grundsatz der alleinigen Regulierung der Endkundenmärkte nur für den Fall, dass die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen nach §§ 38 bis 42 oder § 46 TKG 2003 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des § 1 Abs. 2 TKG 2003 führen würde, zu beachten. Diesem Prinzip wird durch die auferlegten Regulierungsinstrumente auf dem gegenständlichen Vorleistungsmarkt entsprochen.

Basierend auf den Zielen der Rahmenrichtlinie (Art. 8) und in Verbindung mit weiteren Bestimmungen in den relevanten Richtlinien (v.a. Art. 8 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie der Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) sowie Art. 10 und 11 der Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie) wurden von der European Regulators Group (ERG), die als beratendes Gremium der Europäischen Kommission eingerichtet wurde, in Zusammenarbeit mit den Diensten der Europäischen Kommission (GD Wettbewerb und GD Informationsgesellschaft) vier Prinzipien entwickelt, welche im Rahmen der europaweiten Harmonisierung der Regulierung elektronischer Kommunikationsmärkte zu

berücksichtigen sind. Dieses Dokument trägt den Titel *“ERG Common Position on the approach to appropriate remedies in the new regulatory framework”* (im Weiteren „ERG“, M 15/03-37) und wurde der Verfahrenspartei übermittelt (ON 37).

Diese Prinzipien lassen sich wie folgt darstellen (ON 37, S. 57ff):

1. Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden sollen wohl begründet sein und in Einklang mit den Zielen und Verpflichtungen der Richtlinien stehen

Die Entscheidung der Regulierungsbehörde soll transparent und ausreichend begründet sein. Durch Kooperation der nationalen Regulierungsbehörden untereinander und mit der Europäischen Kommission soll eine konsistente Regulierungspraxis innerhalb der Europäischen Union sichergestellt werden.

Die ausgewählten Regulierungsinstrumente müssen der Natur des Wettbewerbsproblems entsprechen. Das Aufzeigen von Wettbewerbsproblemen und den ihnen zugrunde liegenden Ursachen erfolgt in der Marktanalyse.

Ein weiteres grundlegendes Prinzip ist das der Verhältnismäßigkeit. Die gewählte Verpflichtung muss demnach geeignet und notwendig sein sowie das geringste Mittel darstellen. Wird auf einem nach § 36 TKG 2003 definierten relevanten Markt eine SMP-Stellung festgestellt, gilt die Vermutung, dass die Anwendung von Regulierungsinstrumenten grundsätzlich wohlfahrtserhöhend wirkt. Es ist also nicht erforderlich, die Wohlfahrtseffekte tatsächlich nachzuweisen. Dennoch muss, falls mehrere Regulierungsinstrumente (bzw. Kombinationen von Regulierungsinstrumenten) geeignet sind, jenes gewählt werden, welches – eine gleichwertige Zielerreichung vorausgesetzt – die geringste Belastung für das/die betroffene/n Unternehmen darstellt. Der Vergleich zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten wird üblicherweise auf einer qualitativen Analyse beruhen, unterstützend können gegebenenfalls auch quantitative Analysen verwendet werden.

Da bestimmte Regulierungsinstrumente erst im Laufe der Zeit ihre Wirksamkeit entfalten, kann es erforderlich sein, in der Zwischenzeit andere/zusätzliche Regulierungsinstrumente anzuwenden, um langfristig die Zielerreichung sicherzustellen.

Werden mehrere Regulierungsinstrumente gleichzeitig auferlegt, so ist gegebenenfalls auch die Interaktion zwischen ihnen zu betrachten. Weiters sind auch die Rückwirkungen auf andere Märkte und dort vorliegende Regulierungsmaßnahmen zu beachten.

Bei der konkreten Gestaltung der Regulierungsinstrumente ist schließlich auf Ausgewogenheit zwischen Generalität und Spezifität zu achten. Während detaillierte Verpflichtungen ein höheres Maß an Rechtssicherheit schaffen, sind sie gleichzeitig unflexibel und laufen Gefahr, häufig überarbeitet bzw. angepasst werden zu müssen. Allgemeine Verpflichtungen sind zwar flexibler, schaffen jedoch Unsicherheiten bezüglich ihrer Auslegung und müssen oft im Nachhinein konkretisiert werden.

2. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens nicht repliziert werden kann, muss die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindert werden

Während in Prinzip 1 allgemeine Grundlagen für die Anwendung von Regulierungsinstrumenten dargelegt sind, beschäftigt sich Prinzip 2 mit einer Situation, in der das SMP-Unternehmen über für die Erbringung bestimmter Leistungen notwendige Infrastruktur verfügt, von der nicht angenommen werden kann, dass sie innerhalb eines angemessenen Zeitraums von anderen Unternehmen repliziert werden kann. Infrastruktur wird dann als replizierbar bezeichnet, wenn die Errichtung alternativer Infrastruktur(en) technisch möglich und ökonomisch sinnvoll ist sowie innerhalb eines angemessenen Zeitraumes erfolgen kann.

Eine solche Beurteilung kann allerdings vielfach nur im Einzelfall vorgenommen werden. In solchen Fällen müssen nationale Regulierungsbehörden die Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten verhindern.

Dies kann insbesondere dadurch erreicht werden, dass Zugang zur nichtreplizierbaren Infrastruktur des SMP-Unternehmens für alternative Betreiber sichergestellt wird. Auf diese Art kann Markteintritt und Wettbewerb auf den nachgelagerten Wertschöpfungsstufen gefördert und die Ausübung von Marktmacht verhindert werden. Gleichzeitig muss bei der Festlegung eines adäquaten Zugangspreises auch sichergestellt werden, dass das SMP-Unternehmen ausreichend Anreize hat, die bestehende Infrastruktur zu erhalten und zu verbessern.

Ist Zugang zu den betreffenden Vorleistungsprodukten sichergestellt, muss weiters darauf geachtet werden, dass das SMP-Unternehmen nicht den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten verzerrt oder verhindert. Dies könnte z.B. durch Preisdiskriminierung auf der Vorleistungsebene (welche zu einem margin-squeeze führen kann), Qualitätsdiskriminierung oder Verzögerungstaktiken geschehen, was jeweils durch die Anwendung geeigneter Regulierungsinstrumente zu verhindern ist.

Der Zugang zu Vorleistungsprodukten kann mittels § 41 TKG 2003 sichergestellt werden. Wird eine Zugangsverpflichtung auferlegt, wird es im Gefolge meist auch notwendig sein, einen adäquaten Preis für das Zugangsprodukt basierend auf § 42 TKG 2003 festzulegen. Insbesondere, um die Aktivitäten der Vorleistungsebene von jenen der Endkundenebene trennen zu können, kann unterstützend die Verpflichtung zur getrennten Buchführung (§ 40 TKG 2003) zur Anwendung kommen. Um verschiedene Arten der Diskriminierung zwischen dem eigenen Unternehmen und den anderen Unternehmen, die am Endkundenmarkt mit dem SMP-Unternehmen in Wettbewerb stehen, zu verhindern, kann § 38 TKG 2003 (Gleichbehandlungsverpflichtung) angewandt werden, der auch die Veröffentlichung eines Standardangebots beinhaltet. Falls – z.B. aufgrund von Wechselkosten – erwartet werden kann, dass sich Wettbewerber auf der Endkundenebene nur langsam etablieren können, können in der Übergangsperiode Verpflichtungen nach § 43 TKG 2003 (Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer) erforderlich sein, um eine Ausübung von Marktmacht gegenüber den Konsumenten zu verhindern.

3. Wo die Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens replizierbar ist, soll durch den Einsatz von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden

Prinzip 3 beschäftigt sich mit Situationen, in denen das SMP-Unternehmen zwar (weitgehend) alleine über – für die Erbringung einer bestimmten Leistung notwendige – Infrastruktur verfügt, jedoch angenommen werden kann, dass diese Infrastruktur von anderen Unternehmen innerhalb eines angemessenen Zeitraums repliziert werden kann. In solchen Fällen soll durch die Anwendung von Regulierungsinstrumenten der Übergang zu nachhaltigem, infrastrukturbasierendem Wettbewerb gefördert werden.

Die Investitionsanreize der alternativen Betreiber können vor allem durch die Gestaltung der Zugangsprodukte (§ 41 TKG 2003) und der Zugangspreise (§ 42 TKG 2003) beeinflusst werden.

Da sich neue Unternehmen üblicherweise erst allmählich am Markt etablieren können und sich zu Beginn höheren Kapitalkosten gegenübersehen, kann es angebracht sein, Zugang auf verschiedenen Ebenen der Netzwerkhierarchie zu ermöglichen, um neu in den Markt eintretenden Unternehmen die Möglichkeit zu geben, ihre Investitionen stufenweise vorzunehmen. Hat ein alternativer Betreiber einmal eine kritische Masse erreicht und ist es

ihm möglich, die Vorleistung effizienter als das SMP-Unternehmen herzustellen, so kann angenommen werden, dass er weitere Netzwerkinvestitionen tätigen wird.

Zusätzliche regulatorische Investitionsanreize für alternative Betreiber könnten z.B. durch dynamische (zu Beginn niedrige und im Zeitverlauf steigende) Zugangspreise und/oder durch eine zeitlich limitierte Verfügbarkeit bestimmter Zugangsprodukte geschaffen werden. Allerdings besteht hier das Risiko, dass entweder ineffiziente Investitionen getätigt werden, oder aber alternative Betreiber aus dem Markt ausscheiden, falls die entsprechende Infrastruktur des SMP-Unternehmens nicht wirtschaftlich replizierbar ist. Diese Möglichkeit ist gegen das Risiko abzuwägen, dass die Replizierung der Infrastruktur unterbleibt, obwohl sie gesamtwirtschaftlich wünschenswert wäre.

Besteht große Unsicherheit über das Ausmaß der Replizierbarkeit, ist ein „neutraler“ Ansatz zu bevorzugen, bei dem zwei oder mehrere Zugangsprodukte zu kostenorientierten Preisen verfügbar sind.

Sind mehrere Zugangsprodukte gleichzeitig verfügbar, so ist insbesondere auf die Konsistenz der Zugangspreise zu achten. Weiters muss sichergestellt sein, dass der Wechsel von einem Zugangsprodukt zum nächsten reibungslos (v.a. auch was die Wahrnehmung des Endkunden betrifft) möglich ist.

4. Regulierungsinstrumente sollen so gestaltet sein, dass sie anreizkompatibel sind, d.h. der Anreiz zur Einhaltung soll größer sein, als der Anreiz zur Umgehung

Stehen mehrere effektive Regulierungsoptionen zur Auswahl, so ist darauf zu achten, dass jene zur Anwendung kommt, die am ehesten anreizkompatibel ist. Sind Regulierungsinstrumente nicht anreizkompatibel, so kann dies in weiterer Folge den Bedarf an wiederholter Intervention oder zusätzlicher Regulierung induzieren. Regulierungsinstrumente sind daher so zu gestalten, dass der Nachteil bei Umgehung so groß ist, dass es optimal ist, die Regulierung einzuhalten.

7.2. Zur Auswahl der spezifischen Verpflichtungen im Konkreten

Zunächst werden jene Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen derselben identifiziert, die überhaupt geeignet sind, die genannten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen und die der Natur der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme entsprechen.

Sollten mehrere alternative Regulierungsinstrumente bzw. Kombinationen von Instrumenten sodann geeignet sein, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, werden (wird) – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – in einem zweiten Schritt jene Regulierungsinstrumente (Kombination von Instrumenten) ausgewählt, die das gelindeste Mittel (im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung) darstellen. Der zweite Schritt kann entfallen, wenn im ersten Schritt nur ein Regulierungsinstrument (Kombination von Regulierungsinstrumenten) als geeignet identifiziert wird.

Vor dem Hintergrund eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsdienste und -netze und den Verfahren zur Harmonisierung der Anwendung der einzelnen Bestimmungen dieser Rechtsgrundlagen (Konsultation gemäß § 128 TKG 2003 bzw. Art 6 Rahmen-RL sowie Koordination gemäß § 129 TKG 2003 bzw. Art. 7 Rahmen-RL) erachtet es die Telekom-Control-Kommission für sinnvoll und angemessen, ihre eigenen Beurteilungen betreffend Marktmacht und Regulierungsinstrumente mit jenen von anderen Regulierungsbehörden der Europäischen Union sowie mit den Ausführungen der Europäischen Kommission zu vergleichen und daraus Schlüsse zu ziehen. Dies bedingt grundsätzlich, dass die Umstände vergleichbar sind. In diesem Zusammenhang hält das

TKG 2003 auch fest, dass die Regulierungsbehörde bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes auf Empfehlungen der Europäischen Kommission über die harmonisierte Durchführung von den durch dieses Bundesgesetz umgesetzten Richtlinien Bedacht zu nehmen hat (§ 34 TKG 2003).

Darüber hinaus hat auch der Verwaltungsgerichtshof in einem Erkenntnis vom 28.4.2004 (Zl. 2002/03/0164) festgehalten, dass er keine Einwände dagegen hat, wenn die „Regulierungsbehörde [] im Rahmen der von ihr vorzunehmenden Abwägung auch Entscheidungen oder Gutachten anderer europäischer Regulierungsbehörden berücksichtigt“.

7.2.1. Transparenz

Gemäß § 39 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen zur Transparenz in Bezug auf den Zugang auferlegen. Zu diesem Zweck kann die Regulierungsbehörde – unbeschadet der Bestimmungen des § 90 TKG 2003 – Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Informationsverpflichtungen auferlegen, wie Informationen zur Buchhaltung und Kostenrechnung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie Entgelte einschließlich Rabatte (vgl. Art. 9 Zugangs-RL).

Grundsätzlicher Zweck einer Transparenzverpflichtung ist die Verbesserung der vertikalen Markttransparenz (zwischen Anbietern und Nachfragern) und damit eine Senkung der Transaktionskosten, wie Suchkosten und Kosten von Verhandlungen, herbeizuführen bzw. den (Preis-)Wettbewerb zu intensivieren (vgl. Art. 9 und Erwägungsgrund 16 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 39 TKG 2003, *Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 39 TKG 2003). So betrifft die Transparenzverpflichtung Informationen, die gegenüber anderen Betreibern (bzw. Nachfragern) offen zu legen sind, während hingegen eine Informationsverpflichtung iSd § 90 TKG 2003, die keine spezifische ex-ante-Verpflichtung darstellt, lediglich Informationen umfasst, die gegenüber der Regulierungsbehörde bzw. dem Ministerium offen zu legen sind.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, kann die Transparenzverpflichtung in Zusammenhang mit anderen Verpflichtungen wie z.B. der Nichtdiskriminierungsverpflichtung (in Form eines Standardzusammenschaltungsangebotes) ein wirkungsvolles Instrument sein, um „nichtpreisliche“ Taktiken eines Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu erschweren (vgl. ERG, Common Position, S. 47f). Weiters ermöglicht der Einsatz der Transparenzverpflichtung ein Monitoring von (möglichem) antikompetitiven Verhalten. Im Zusammenhang mit der Effektivität dieser Verpflichtung ist jedoch festzuhalten, dass eine solche keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens hat – insbesondere hat die Transparenzverpflichtung keinen Einfluss auf den Preis.

Eine Transparenzverpflichtung dient der Erhöhung der vertikalen Markttransparenz, d.h. Nachfrager bzw. Mitbewerber sollen durch ein Mehr an Informationen gegebenenfalls die Leistung günstiger erwerben können, da sie über Informationen betreffend Alternativen verfügen (Preiswettbewerb). Da die Mobilterminierung jedoch eine Monopoleistung darstellt, kann sich kein Preiswettbewerb einstellen, sodass eine Transparenzverpflichtung in Bezug auf den Zugang alleine nicht geeignet sein kann, den identifizierten Wettbewerbsproblemen – insbesondere dem Problem der überhöhten Preise – zu begegnen. Die ERG (S. 48) bezweifelt überhaupt, dass die Transparenzverpflichtung alleine geeignet ist, wettbewerbliche Defizite zu beseitigen.

Vielmehr ist diese Verpflichtung als Hilfsinstrument zu anderen spezifischen Verpflichtungen anzusehen; so spricht die ERG auch von einer „*accompanying obligation with and to other obligations*“ (ERG, Common Position, S. 48); Erwägungsgrund 16 der Zugangs-RL hält fest,

dass durch die Transparenz die Teilnehmer gewiss sein können, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird, woraus wiederum geschlossen werden kann, dass die Transparenz grundsätzlich ein geeignetes Instrumentarium darstellen kann, um eine andere Verpflichtung – diesfalls die Nichtdiskriminierung – hinsichtlich ihrer Effektivität zu unterstützen.

Im gegenständlichen Zusammenhang kann eine Transparenzverpflichtung zur Unterstützung einer Gleichbehandlungsverpflichtung zweckmäßig sein. Um eine solche effektiv zu gestalten, ist es erforderlich, dass die Nachfrager hinreichend Informationen über jene Faktoren beziehen können, die potenziell zur Diskriminierung herangezogen werden könnten. So sieht auch der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste und -netze die Möglichkeit der Auferlegung eines Standardzusammenschaltungsangebotes (SZA) im Kontext der Transparenzverpflichtung vor (Art. 9 Abs. 2 Zugangs-RL), während das TKG 2003 die Veröffentlichung eines SZA im Rahmen der Gleichbehandlungsverpflichtung vorsieht. Es zeigt sich, dass die Verpflichtungen zur Gleichbehandlung sowie zur Transparenz Komplementäre darstellen (vgl. sodann die Ausführungen zur Nichtdiskriminierungsverpflichtung).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Transparenzverpflichtung gemäß § 39 TKG 2003 alleine nicht effektiv bzw. geeignet ist, ein oder mehrere der aufgezeigten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

7.2.2. Getrennte Buchführung

Gemäß § 40 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht für bestimmte Tätigkeiten in Bezug auf den Zugang eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten auferlegen, um unerlaubte Quersubventionierung zu verhindern. Zu diesem Zweck kann insbesondere ein vertikal integriertes Unternehmen aufgefordert werden, seine Großhandelspreise und internen Verrechnungspreise transparent und nachvollziehbar zu gestalten (vgl. Art. 11 Zugangs-RL).

Die spezifische Verpflichtung der getrennten Buchführung dient dazu, innerbetriebliche Aufwendungen, Kosten und Erlöse zwischen unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen für die Regulierungsbehörde transparent zu machen, um so gegebenenfalls Quersubventionierung und Diskriminierung zwischen interner Bereitstellung (interner Transferpreis) und externem Verkauf (für die Regulierungsbehörde) erkennbar zu machen (vgl. ERG, S. 49ff, Erwägungsgrund 18 Rahmen-RL).

Es ist davon auszugehen, dass die Verpflichtung der getrennten Buchführung alleine sowie auch in Kombination mit der Transparenzverpflichtung aus ökonomischer Sicht nicht geeignet ist, den aufgezeigten vier Wettbewerbsproblemen zu begegnen. Analog zur Transparenzverpflichtung hat die Verpflichtung zur getrennten Buchführung alleine (bzw. in Verbindung mit Transparenzverpflichtung) keinen Einfluss auf die Verhaltensparameter des marktbeherrschenden Unternehmens auf seinem betreiberindividuellen Terminierungsmarkt, insbesondere nicht auf den Preis.

Dieses Instrument ist daher grundsätzlich – analog zur Transparenzverpflichtung – als Ergänzung zu anderen Instrumenten, wie der Nichtdiskriminierungsverpflichtung oder gegebenenfalls auch der Preiskontrolle zu sehen. So hält auch die ERG (S. 49) wie folgt fest: *„This obligation is specifically put in place to support the obligations of transparency and non-discrimination. It may also act to support the NRA in implementing price control and cost accounting obligations.“*

Das Instrument der getrennten Buchführung alleine bzw. in Zusammenspiel mit der Transparenzverpflichtung adressiert ebenfalls nicht die identifizierten Wettbewerbsprobleme,

sie ist sohin nicht geeignet, weswegen sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit nicht stellt.

In weiterer Folge ist jedoch zu thematisieren, inwieweit diese Verpflichtung nicht als „Hilfsinstrument“ für eine andere spezifische Verpflichtung des Maßnahmenkataloges der § 38ff TKG 2003 herangezogen werden sollte; in Frage kommt in diesem Kontext insbesondere die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung iSd § 42 TKG 2003, auf die im Detail noch einzugehen sein wird.

So geht die Europäische Kommission in einem Schreiben vom 4.8.2004 – beziehungsweise auf die Marktanalyse und die Auferlegung von spezifischen Verpflichtungen der griechischen Regulierungsbehörde EETT – davon aus, dass die Auferlegung der Verpflichtung einer getrennten Buchführung eine gerechtfertigte und angemessene begleitende Verpflichtung zu den anderen auferlegten Verpflichtungen darstellen würde, da diese unter anderem die Einhaltung der Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung und der Preiskontrolle ermöglichen kann. Dabei verweist die Europäische Kommission auch auf das ERG-Dokument betreffend Regulierungsinstrumente.

Nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission ist diese Bemerkung der Europäischen Kommission primär vor dem Hintergrund der hohen Terminierungsentgelte in Griechenland zu lesen und stellt keine allgemeingültige Feststellung der Europäischen Kommission dar. So hält die Europäische Kommission in diesem Schreiben auch wie folgt fest: *„In view of (i) the currently high level of mobile termination charges in Greece and (ii) the proposed cost-orientation obligation, the Commission considers that, in the given case, further imposition of an accounting separation obligation is justified as an appropriate complement to the other proposed obligations.“*

Die Telekom-Control-Kommission sieht jedoch für gegenständliches Verfahren – auch vor dem Hintergrund des Kommentars der europäischen Kommission zur EETT – keine Notwendigkeit, eine getrennte Buchführung – ergänzend zu einer anderen Vorab-Verpflichtung – aufzuerlegen, da die bisherigen Erfahrungen der Telekom-Control-Kommission im Rahmen von (Streitschlichtungs-)Verfahren gemäß § 41 TKG (1997), in denen zusammenschaltungsrelevante Kosten eines Mobilbetreibers zu erheben bzw. untersuchen waren, keine Indizien geben; die Regulierungsbehörde geht davon aus, dass ihr alle für die Ermittlung von kostenorientierten Terminierungsentgelten notwendigen Informationen auf Grundlage der Verpflichtung zur Preiskontrolle (§ 42 TKG 2003), allenfalls auf der Grundlage des § 90 TKG 2003, von Betreibern übermittelt werden; die Übermittlung der geforderten Informationen hat bislang in der von der Regulierungsbehörde vorgeschriebenen Form stattgefunden, die eine getrennte Aufschlüsselung der Kosten ermöglicht hat. Eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung für den Zweck der (singulären) Festlegung bzw. Überprüfung von Terminierungsentgelte ist sohin nicht erforderlich bzw. wäre vor diesem Hintergrund überschießend und unverhältnismäßig.

7.2.3. Zugang zu Netzeinrichtungen und Netzfunktionen

§ 41 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und deren Nutzung zu gewähren. Gemäß Abs. 2 leg. cit. können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht unter anderem folgende Verpflichtungen auferlegt werden: Gewährung des Zugangs zum Netz und zu entbündelten Teilen desselben, Angebot bestimmter Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zweck des Vertriebs durch Dritte, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern, Führung von Verhandlungen nach Treu und Glauben mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, Gewährung von offenem Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für

virtuelle Netze erforderlich sind, Ermöglichung von Kollokation oder anderen Formen der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Kabelkanälen und Schächten, Schaffung der Voraussetzungen, die für die Interoperabilität von Ende-zu-Ende-Diensten notwendig sind, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming in Mobilfunknetzen, Gewährleistung des Zugangs zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, sowie Zusammenschaltung von Netzen oder Netzeinrichtungen (vgl. Art. 12 Zugangs-RL).

Grundsätzlicher Zweck einer Zugangsverpflichtung ist es, die Verweigerung des Zugangs bzw. der Zusammenschaltung als Sonderfall des Zugangs (§ 3 Z 25 TKG 2003; „denial of access“) zu verhindern und – wenn eine bestimmte Zugangsvariante noch nicht existiert – die Bedingungen des Zugangs/der Zusammenschaltung zu spezifizieren.

Bezüglich Zugang und Zusammenschaltung sollten in einem offenen wettbewerblichen Markt keine Einschränkungen geben sein. Betreiber sollen die Zugangs- bzw. Zusammenschaltungsverhältnisse primär auf privatrechtlicher Basis lösen. Auch nach dem neuen Rechtsrahmen gilt der Grundsatz des Vorrangs der vertraglichen Regelung von Zugang und Zusammenschaltung vor hoheitlicher Regulierung (Art. 5 Abs. 4, Erwägungsgrund 5 Zugangs-RL; *Stratil*, TKG 2003, Rn. 1 zu § 41; ERG, S. 50). In diesem Zusammenhang hält die ERG jedoch wie folgt fest: „*However, the experience of NRAs shows that commercial negotiation is the exception rather than the rule*“.

Auch die Telekom-Control-Kommission konnte in den letzten Jahren in ihrer Tätigkeit als Streitschlichtungsstelle feststellen, dass über die Frage der Zusammenschaltung – als wesentlichste Form des Zugangs – zwischen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze regelmäßig keine Einigung herbeigeführt werden konnte. So war die Regulierungsbehörde oftmals mit Anträgen auf Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG (1997) bzw. §§ 48 iVm 50 TKG 2003 konfrontiert und hatte nicht zustande gekommene privatrechtliche Vereinbarungen zwischen Festnetzbetreibern, zwischen Fest- und Mobilnetzbetreibern sowie zwischen Mobilnetzbetreibern zu entscheiden (vgl. dazu die veröffentlichten Entscheidungen unter www.rtr.at). In den letzten beiden Jahren spielte in Verfahren vor der Telekom-Control-Kommission insbesondere die grundsätzliche Berechtigung zur Zusammenschaltung sowie die Höhe der wechselseitig zur Verrechnung gelangenden Zusammenschaltungsentgelte eine bedeutende Rolle. Der Abschluss von privatrechtlichen Vereinbarungen über die Höhe der Zusammenschaltungsentgelte war – über die Jahre gesehen – stets die Ausnahme, wenngleich in den letzten Monaten Einigungen betreffend die Mobil-Zusammenschaltungsentgelte herbeigeführt werden konnten. Die Telekom-Control-Kommission erachtet es jedoch – insofern übereinstimmend mit den Amtssachverständigen – als denkmöglich, dass die Einigungen vor dem Hintergrund der laufenden Marktanalyse-Verfahren stattgefunden haben und taktisches Kalkül im Vordergrund stand; fest steht dennoch, dass über einen mehrjährigen Zeitraum fast nie Einigungen über die Höhe der Mobil-Zusammenschaltungsentgelte erreicht wurde.

Im Zusammenhang mit der Diskussion über die mögliche Auferlegung einer Zugangsverpflichtung ist festzuhalten, dass eine solche Verpflichtung (in der Form der Zusammenschaltung) aus ökonomischer Sicht ein wirksames Instrument darstellt, um die generelle Verweigerung der Zusammenschaltung abzustellen bzw. um nichtpreisliche anti-kompetitive Praktiken zu verhindern. Eine Zugangsverpflichtung adressiert im Wesentlichen das Dritte der identifizierten Wettbewerbsprobleme, das des „Foreclosure“. Eine Zugangsverpflichtung stellt sohin eine Vorab-Verpflichtung dar, die geeignet, dh effektiv, ist, zumindest eines der festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

In weiterer Folge ist die Frage nach der gesetzlich gebotenen Verhältnismäßigkeit zu adressieren: Vor dem Hintergrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung der

Zusammenschaltung – die Sicherstellung der Any-to-any-Erreichbarkeit – ist eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung jedenfalls als verhältnismäßig zu betrachten: Gerade im Bereich der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen überwiegen ohne Zweifel die Effizienzgewinne durch Interoperabilität; zu diesen zählen neben der (direkten) Ausschöpfung von nachfrageseitigen Größenvorteilen die (indirekte) Ausschöpfung von Größenvorteilen auf der Anbieterseite (z.B. Endgeräteproduktion), die Verringerung von Substitutions- und Wechselkosten, die Verringerung von Transaktionskosten und eine Intensivierung von tatsächlichem und potenziellem Wettbewerb.

Grundsätzlich ist bei Vorliegen hoher Netzwerkeffekte, wie im Bereich der Telekommunikation, regelmäßig davon auszugehen, dass alle Betreiber ein vitales Interesse daran haben, ihren Kunden Zugang zum jeweils anderen Netz zu eröffnen, allerdings kann die Verweigerung der Zusammenschaltung auch als strategisches Instrument zur Beschränkung von Wettbewerb gegenüber kleineren neu in den Markt eintretenden Betreibern eingesetzt werden.

Die Gefahr von Foreclosure-Strategien – deren extremste Form die Zugangsverweigerung ist – gegenüber Neueinsteigern wurde bereits als Wettbewerbsproblem festgestellt. Solche Foreclosure-Strategien müssen sich nicht auf die Verweigerung der Zusammenschaltung beschränken, sie können auch in Form von Verzögerungstaktiken, inferiorer Qualität des Vorleistungsprodukts, Verweigerung des Zugangs zu Informationen und Vorsystemen etc. erfolgen.

Wie bereits ausgeführt, hat das marktbeherrschende Unternehmen einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven Praktiken, wenn es einer Zugangspreisregulierung (Zugangspflicht und Preisregulierung) unterliegt. In diesem Fall wird das marktbeherrschende Unternehmen versuchen, die Marktposition bzw. die Kosten (potenzieller) Mitbewerber auf nachgelagerten Märkten durch „nichtpreisliche“ Strategien negativ zu beeinflussen („*raise rival's cost*“).

Aus diesem Grund kann die Regulierungsbehörde spezifische Zugangsverpflichtungen auferlegen, die dazu dienen, das Vorleistungsprodukt hinreichend „brauchbar“ für die Nachfrager zu spezifizieren, um so nichtpreisliche Taktiken zu unterbinden (vgl. ERG, S. 94ff).

In diesem Kontext stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen der – nach dem nationalen Rechtsrahmen bestehenden – allgemeinen Verpflichtung zur Zusammenschaltung, die unabhängig vom Status als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht besteht (§ 48 TKG 2003, vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 und 19 zu § 41 sowie Rz. 2 zu § 48) – und der – aus Art. 12 Abs. 1 lit. i Zugangs-RL stammenden – Möglichkeit, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Zugangsverpflichtung in Form der Zusammenschaltung aufzuerlegen (§ 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003). Weiters ist die Frage zu adressieren, ob nicht die Bestimmung des § 48 TKG 2003 herangezogen werden kann bzw. diese ausreichend ist, um die aufgezeigte Foreclosure-Problematik (im hinreichenden Maß) zu adressieren.

Gemäß § 48 Abs. 1 TKG 2003 ist jeder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, anderen Betreibern solcher Netze auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung zu legen, wobei alle Beteiligten das Ziel anzustreben haben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Kommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern. Kommt zwischen diesen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze eine Vereinbarung über die Zusammenschaltung nach § 48 TKG 2003 nicht zustande, so kann jeder der Beteiligten die Regulierungsbehörde anrufen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass eine Nachfrage nach einer entsprechenden Zusammenschaltungsleistung gestellt wurde und die Betreiber (zumindest) sechs Wochen

über diese Zusammenschaltungsleistung verhandelt haben. Da die Regulierungsbehörde lediglich subsidiär, sohin erst im Fall des Scheiterns der privatautonomen Verhandlungen angerufen werden kann, ist weiters Voraussetzung, dass zwischen den Kommunikationsnetzbetreibern keine aufrechte Vereinbarung über die betreffende Zusammenschaltungsleistung bzw. keine – die nicht zustandegekommene Vereinbarung ersetzende – Anordnung der Regulierungsbehörde vorliegt. Dabei ist grundsätzlich gleichgültig, ob die involvierten Betreiber über beträchtliche Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 bzw. über eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 133 Abs. 7 TKG 2003 iVm § 33 TKG (1997) verfügen oder nicht. Die Anordnung der Regulierungsbehörde, in der Bedingungen für die Zusammenschaltung angeordnet werden, ersetzt die zu treffende, nicht zustandegekommene, Vereinbarung (§ 121 Abs. 3 TKG 2003).

§ 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 (bzw. Art. 12 Abs. 1 lit. i. Zugangs-RL) sieht ebenfalls eine Zusammenschaltungsverpflichtung vor, die jedoch nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden kann. Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 eine *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Zusammenschaltungsverpflichtung (*lex generalis*) darstellt, der – im Fall der Notwendigkeit der Auferlegung – allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgend („*lex specialis derogat legi generali*“) der Vorzug zu geben ist. Würde man einer anderen Interpretation näher treten, so wäre die Bestimmung des § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 sinnentleert.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Telekom-Control-Kommission sohin davon ausgeht, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung notwendig ist, um die identifizierten wettbewerblichen Defizite des Foreclosure durch Zusammenschaltungsverweigerung beseitigen zu können; eine Zusammenschaltungsverpflichtung ist sohin geeignet, diese Wettbewerbsprobleme zu adressieren. Die – für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht – speziellere Norm stellt § 41 Abs. 2 Z 9 TKG 2003 dar, weswegen die festgelegte Zusammenschaltungsverpflichtung auf § 41 TKG 2003 zu gründen war; die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung tritt in dieser Konstellation in den Hintergrund, bleibt jedoch grundsätzlich bestehen.

Die Zugangsverpflichtung gemäß § 41 TKG 2003 ist im gegenständlichen Fall lediglich in Form der Zusammenschaltung gemäß § 41 Abs. 2 Z 9 iVm § 3 Z 25 TKG 2003 von Bedeutung, da die zu untersuchende Leistung – die Terminierung – eine Zusammenschaltungsleistung darstellt (vgl. § 49 Abs. 1 Z 2 TKG 2003). Die Telekom-Control-Kommission geht in diesem Zusammenhang nicht davon aus, dass eine Auferlegung von weiteren „Zugangsformen“ des § 41 Abs. 2 TKG 2003 notwendig ist, um das aufgezeigte wettbewerbliche Defizit zu beseitigen, wengleich die Telekom-Control-Kommission auch davon ausgeht, dass die Verfahrenspartei „den bereits gewährten Zugang [in Form der Zusammenschaltung] *nicht nachträglich verweigern*“ (lit. 3 leg. cit.) sowie gegebenenfalls die „*Kollokation* (z.B. für den Fall der direkten Zusammenschaltung) *ermöglichen*“ wird (lit. 6 leg. cit.).

Da die allgemeine Zusammenschaltungsverpflichtung des § 48 TKG 2002 grundsätzlich jeden Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes trifft, kann die – bereits vorgenommene – Abwägung der Verhältnismäßigkeit dieser Verpflichtung (– die im Sinne einer Interessenabwägung deutlich für eine Auferlegung dieser Verpflichtung spricht [Effizienzgewinne durch die Any-to-any-Erreichbarkeit, Foreclosure-Strategien] –) in den Hintergrund treten: es ist nämlich davon auszugehen, dass eine allgemeine rechtliche Bestimmung, die sich auf einen weiten Adressatenkreis richtet, grundsätzlich verhältnismäßig ist und im Einklang mit dem öffentlichen Interesse steht.

Die Vorab-Verpflichtung der Zusammenschaltung beschränkt sich primär auf „nichtpreisliche“ Aspekte, weswegen sie alleine bzw. im Kontext mit den zuvor behandelten Verpflichtungen

der Transparenz sowie der getrennten Buchführung nicht geeignet ist, alle vier identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

7.2.4. Gleichbehandlungsverpflichtung

Gemäß § 38 Abs. 1 und 2 TKG 2003 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Gleichbehandlungsverpflichtungen in Bezug auf den Zugang auferlegen. Die Gleichbehandlungsverpflichtungen haben insbesondere sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, unter den gleichen Umständen gleichwertige Bedingungen anbietet und Dienste und Informationen für Dritte zu den gleichen Bedingungen und mit der gleichen Qualität bereitstellt wie für seine eigenen Dienste oder Dienste verbundener Unternehmen.

Abs. 3 folgend wird der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eingeräumt, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen. Das Unternehmen hat im Standardangebot hinreichend detaillierte Teilleistungen anzubieten, die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die entsprechenden Bedingungen einschließlich der Entgelte anzugeben. Die Regulierungsbehörde kann Änderungen des Standardangebots zur Sicherstellung der gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 auferlegten spezifischen Verpflichtungen anordnen (vgl. Art 9, 10 Zugangs-RL).

Der Gleichbehandlungsgrundsatz soll garantieren, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren (Erwägungsgrund 17 Zugangs-RL, ErläutRV zu § 38 TKG 2003). Diese Verpflichtung umfasst sowohl die Nichtdiskriminierung zwischen Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht als auch die Gleichbehandlung von Mitbewerbern im Verhältnis zur Bereitstellung von Leistungen für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selbst oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (*Stratil*, TKG 2003, Rz. 1 zu § 38 TKG 2003).

Die Möglichkeit, von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Veröffentlichung eines Standardangebots zu verlangen, wurde im europäischen Rechtsrahmen im Kontext der Transparenzverpflichtung verankert (Art. 9 Abs. 2, 3 Zugangs-RL); eine inhaltliche Nähe zwischen diesen beiden möglichen Vorab-Verpflichtungen ist deutlich gegeben. So hält auch die ERG (S. 49) im Zusammenhang mit der Nichtdiskriminierung wie folgt fest: „*Transparency is a natural complement to this obligation...*“ (vgl. hierzu die komplementären Ausführungen zur Transparenzverpflichtung).

Die Gleichbehandlungsverpflichtung dient primär dem Zweck (vgl. ERG, S. 49), die Diskriminierung zwischen verschiedenen Abnehmern einer Leistung zu verhindern, wobei grundsätzlich zwischen einer Preis- und einer Qualitätsdiskriminierung zu unterscheiden ist:

7.2.4.1. Qualitätsdiskriminierung

Im Kontext der Qualitätsdiskriminierung wurde festgestellt, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen einen ökonomischen Anreiz zu „nichtpreislichen“ anti-kompetitiven (Diskriminierungs-)Praktiken hat, die mittels einer Zugangsverpflichtung (alleine) nicht adressiert werden können. Eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung stellt demgegenüber ein geeignetes Mittel dar, „nichtpreislichen“ Wettbewerbsproblemen (insbesondere Qualitätsdiskriminierung) zu begegnen, da mit einer solchen Verpflichtung nämlich sichergestellt werden kann, dass das marktbeherrschende Unternehmen das Vorleistungsprodukt allen Abnehmern mit derselben Qualität anbietet wie sich selbst (vgl. zu den „nichtpreislichen“ Aspekten ERG, S. 94 ff), wodurch eine Situation entsteht, in der alle Mitbewerber die selbe Ausgangsposition vorfinden wie das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht selber („*level playing field*“). Dies erfüllt im hohen Maße den Anforderungen des

neuen Rechtsrahmens nach einer Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und –diensten (vgl. § 1 Abs. 2 TKG 2003, Art. 8 Rahmen-RL).

Um die Gleichbehandlungsverpflichtung zu konkretisieren bzw. um die Effektivität derselben sicherzustellen, ist es nach Ansicht der Telekom-Control-Kommission darüber hinaus notwendig, eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes (Standardzusammenschaltungsangebot, SZA) im Sinne des § 38 Abs. 3 TKG 2003 aufzuerlegen, soweit sie sich auf die gegenständliche Leistung der Terminierung bezieht. Ein Standardangebot für Dienste, die wiederholt nachgefragt werden (wie die Zusammenschaltungsleistung Terminierung), ist insbesondere deshalb sinnvoll, da (ein Großteil der) Transaktionskosten im Rahmen von Zusammenschaltungs-Verhandlungen entfallen können. Neu in den Markt eintretende Betreiber können sich darüber hinaus einfach und rasch über die aktuelle Situation betreffend die Zusammenschaltung (mit einzelnen Betreibern) informieren. Mögliche Verzögerungstaktiken von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht („delaying tactics“) werden damit ebenso effektiv verhindert, wie die Möglichkeit der gänzlichen Verhinderung von Markteintritten. So wird dem Regulierungsziel der „Sicherstellung größtmöglicher Vorteile in Bezug auf Auswahl für alle Nutzer“ iSd § 1 Abs. 2 Z 2 lit. a TKG 2003 weitestmöglich entsprochen.

Die Basis von Zusammenschaltungen stellen – entsprechend dem Primat der Privatautonomie – primär Verträge dar; sollte ein Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes die Zusammenschaltung begehren, werden im Regelfall bereits existierende Vertragsentwürfe ausgetauscht, die in weiterer Folge die Grundlage für Zusammenschaltungsverhandlungen darstellen. Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stellt die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebotes, das die wesentlichsten rechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Bedingungen enthält, keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Sphäre des Betreibers dar, da diese Verträge – vor dem Hintergrund der Verpflichtungen zur Zusammenschaltung gemäß § 41 TKG (1997) bzw. §§ 48, 50 TKG 2003 und zur Interoperabilität gemäß § 8 der (früheren) Nummerierungsverordnung und § 22 TKG 2003 – bereits vorhanden sind und eine funktionierende Praxis im Umgang mit Zusammenschaltungsverträgen und –verhandlungen seit Jahren gegeben ist.

Im Zusammenhang mit der konkreten Ausgestaltung dieses Angebotes ist festzuhalten, dass das SZA hinreichend detaillierte Teilleistungen zu enthalten hat, wobei die Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln sind. Das SZA ist unter Bedachtnahme auf die nachgefragten Leistungen derart ungebündelt zu gestalten, als ein Nachfrager keine Dienste beziehen muss, die er für seine Leistungserstellung nicht als notwendig erachtet. Unberührt von etwaigen Verhandlungen zwischen den Betreibern um besondere Regelungen außerhalb des SZA sind die Angebote im SZA hinreichend zu spezifizieren, sodass die wichtigsten Parameter und Informationen enthalten sind, um die Terminierung im Wege der direkten und bzw. oder indirekten Zusammenschaltung zu realisieren. Dazu zählen insbesondere die Entgelte und Bedingungen für die Erbringung der Terminierungsleistungen.

Bisherigen Zusammenschaltungsverträgen und -anordnungen entsprechend hat das SZA neben einem Teil, der allgemeine Vertragsbestimmungen enthält, zumindest folgende Komponenten beinhalten:

1. Arten und Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen
2. Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen
3. Verkehrsarten und Entgelte
5. Regelungen betreffend Notrufe

6. Regelungen betreffend private Netze
7. Regelungen betreffend personenbezogene Dienste
8. Regelungen betreffend sonstiger Dienste (Telefonstörungsannahmestellen, Telefonauskunftsdienste, Tonbanddienste, Rufnummernbereich 17, besondere Rufnummern im öffentlichen Interesse sowie die Rufnummern 120 und 123)

Die Kosten der Realisierung von Zusammenschaltungsverbindungen, die Informationen über Standorte der Vermittlungsstellen (im Fall der direkten Zusammenschaltung) und die Entgelte stellen essentielle Grundlagen für die Realisierung der Zusammenschaltung dar. Die weiteren Regelungen betreffend Notrufe, private Netze, personenbezogene Dienste und sonstiger Dienste schaffen die Basis für die Erbringung der Terminierung zu speziellen Rufnummernbereichen.

Auf Nachfrage hat das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die direkte und indirekte Zusammenschaltung zu gewähren, wobei – § 49 Abs. 3 TKG 2003 entsprechend – die laufenden Kosten der Zusammenschaltungsverbindung auf beide Betreiber angemessen, entsprechend ihrem jeweiligen Verkehrsaufkommen, aufzuteilen sind.

Die Form der Veröffentlichung des SZA wird der Verfahrenspartei überlassen, wenngleich die Telekom-Control-Kommission eine Veröffentlichung desselben auf der Unternehmenshomepage für zweckmäßig erachtet.

Die festgelegte Frist zur Umsetzung dieser Verpflichtung erscheint vor dem Hintergrund angemessen, dass analoge Zusammenschaltungsverträge bereits die Basis der Zusammenschaltungsbeziehungen zwischen der Verfahrenspartei und Festnetz- bzw. Mobilnetzbetreiber darstellen und die Partei keine besonderen Tätigkeiten mehr vorzunehmen hat.

Um dem konkreten Einzelfall sowie dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit ausreichend Rechnung tragen zu können, ist es notwendig, die Nichtdiskriminierungsverpflichtung insofern einzuschränken, als das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht von der Gleichbehandlungsverpflichtung abweichen kann, wenn die Umstände dies rechtfertigen. So sieht auch § 38 TKG Abs. 2 TKG 2003 vor, dass die Umstände „gleich“ sein müssen. Es gilt sohin, dass nur bei gleichartigen Umständen gleichwertige Bedingungen anzubieten sind.

7.2.4.2. Preisdiskriminierung

Im Zusammenhang mit der Preisdiskriminierung sind mehrer Fälle zu unterscheiden, wobei im Wesentlichen zwischen einer „externen“ (der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen unterschiedlichen Abnehmern der Leistung) und einer „internen“ Preisdiskriminierung (der marktbeherrschende Mobilfunkbetreiber diskriminiert zwischen sich als vertikal integriertes Unternehmen und Abnehmern der Leistung, dh der Wholesale-Bereich des marktmächtigen Unternehmens bevorzugt seinen eigenen Retail-Bereich) differenziert werden kann:

Grundsätzlich kann eine Preisdiskriminierung zu einer Wettbewerbsverzerrung auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt führen, der im Wege eines „externen“ Diskriminierungsverbots in Bezug auf den Preis jedenfalls (für die möglichen Fälle der externen Preisdiskriminierung) begegnet werden kann.

Analog zur Qualitätsdiskriminierung birgt auch die Preisdiskriminierung potenziell Effizienzvorteile (z.B. in Zusammenhang mit Mengenrabatten), weswegen eine Einschränkung dieser Verpflichtung – dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit folgend – geboten ist; insofern ist diese Verpflichtung dahingehend einzuschränken, als das Unternehmen mit

beträchtlicher Marktmacht von der Gleichbehandlungsverpflichtung abweichen kann, wenn die Umstände dies rechtfertigen.

Das externe Preis-Diskriminierungsverbot alleine bzw. in Zusammenspiel mit den vorher untersuchten Maßnahmen (Zugangsverpflichtung, Transparenzverpflichtung und Verpflichtung zur getrennten Buchführung) ist allerdings nicht geeignet, die allokativen Verzerrungen zu beseitigen, da durch eine solche Verpflichtung der Preissetzungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens nicht eingeschränkt wird. Eine solche Vorab-Verpflichtung gewährleistet zwar, dass alle Abnehmer die Leistung zum selben Preis beziehen und damit ein „*level-playing-field*“ für den Wettbewerb auf den jeweiligen Endkundenmärkten garantiert ist, dieser Preis kann jedoch für die Abnehmer dieser Leistung ein überhöhter sein.

Potenziell mehr Einfluss auf die Höhe der (externen) Terminierungsentgelte und damit eine mögliche Alternative zur Preiskontrolle/Kostenorientierung hat ein „internes“ Diskriminierungsverbot. Für die Ermittlung des internen Transferpreises gibt es folgende zwei mögliche Ansatzpunkte: Zum einen eine Verpflichtung zur getrennten Buchführung, zum anderen die Anwendung eines Margin-Squeeze-Tests auf Basis der Endkundenpreise.

Durch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung könnten die internen Verrechnungspreise transparent gemacht werden, die dann gegebenenfalls mit Hilfe der Gleichbehandlungsverpflichtung auch für externe Transaktionen auferlegt werden könnten. Allerdings werden aber dadurch die Wettbewerbsprobleme der allokativen Verzerrungen auf Grund überhöhter Entgelte nicht adressiert, weshalb dieser Ansatz nicht als geeignet eingestuft werden kann.

Im Zusammenhang mit der Anwendung eines Margin-Squeeze-Tests auf Basis der Endkundenpreise ist primär auf die deutlichen Unterschiede zwischen den Terminierungsentgelten, die für Gespräche aus anderen Netzen in Mobilnetze zu zahlen sind („off-net“) und den impliziten Terminierungsentgelten für netzinterne Gespräche („on-net“) hingewiesen. Die Anknüpfung an „on-net“-Tarife bringt das Risiko einer Kostenunterdeckung der Terminierungsentgelte mit, da die derzeit verrechneten „on-net“-Tarife ein sehr niedriges Niveau haben, teilweise für „on-net“-Gespräche auch kein Entgelt verrechnet wird.

Vor diesem Hintergrund scheint eine Heranziehung dieses Ansatzes als fragwürdig; folgende weitere Gründe sprechen ebenfalls gegen die Methodik des Retail-Minus: Der kalkulatorische Aufwand ist zumindest so hoch, als würde man die Kosten der Terminierung direkt ermitteln; weiters setzt die Beseitigung aller Wettbewerbsprobleme voraus, dass der so ermittelte interne Transferpreis den Kosten der Terminierung entspricht. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn eine Reihe von Bedingungen (z.B. perfekt kompetitiver Retail-Bereich, ökonomische Nullgewinne, keine Quersubventionierung mit anderen Bereichen) erfüllt sind, wovon nicht zwingend ausgegangen werden kann. Weiters birgt die Ankoppelung der Terminierungsentgelte an Retail-Preise die Gefahr, dass anti-kompetitive Effekte auf den Retailmarkt übertragen werden: der marktbeherrschende Anbieter hätte bei jeder Preisentscheidung auf dem Retailmarkt auch die Auswirkungen auf die Terminierungsentgelte mit in Betracht zu ziehen, was möglicherweise negative Auswirkungen auf den Wettbewerb am Endkundenmarkt mit sich bringt.

Aus diesem Grund geht die Telekom-Control-Kommission nicht davon, aus dass diese Methodik zur Regulierung von Terminierungsentgelten herangezogen werden soll, auch wenn dieser Ansatz grundsätzlich geeignet ist, manche der aufgezeigten Defizite zu beseitigen. Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit iSd § 34 Abs. 1 TKG 2003 ergibt jedoch eindeutig, dass diese Maßnahmen unverhältnismäßig und überschießend ist. Die Kontrolle einer „internen“ Preisdiskriminierung läuft darüber hinaus auf eine Kostenkontrolle hinaus, die – den rechtlichen Vorgaben entsprechend – durch § 42 TKG 2003 zu adressieren wäre.

Vor diesem Hintergrund ist eine Gleichbehandlungsverpflichtung in Bezug auf den Parameter Preis für den Typ der „internen“ Diskriminierung abzulehnen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mittels einer Gleichbehandlungsverpflichtung sichergestellt werden kann, dass die (Vor-)Leistung allen Abnehmern zu denselben Konditionen angeboten wird. In einer breiteren Auslegungsvariante kann mittels eines Diskriminierungsverbots auch das Verhältnis zwischen „externer“ und unternehmens-interner Leistungserbringung geregelt werden. So halten auch die ErtläutRV zu § 38 TKG 2003 fest, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz garantiert, dass Unternehmen mit Marktmacht den Wettbewerb nicht verzerren; so lautet auch eines der Regulierungsziele die „*Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Kommunikationsnetzen und –diensten*“ (§ 1 Abs. 2 Z 2 TKG 2003).

Eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung in Bezug auf nichtpreisliche Parameter (Qualitätsdiskriminierung) bzw. eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardzusammenschaltungsangebots ist ein geeignetes und verhältnismäßiges Instrument gegen „nichtpreisliche“ anti-kompetitive Strategien eines marktbeherrschenden Unternehmens, die insbesondere dann zu erwarten sind, wenn diesem Unternehmen eine Zugangspreisregulierung auferlegt wird.

Die Varianten der Gleichbehandlungsverpflichtung – Qualitätsdiskriminierung und externe Preisdiskriminierung – alleine, wie auch im Zusammenhalt mit den vorher untersuchten Verpflichtungen zur Transparenz, zur getrennte Buchführung sowie zum Zugang – sind nicht geeignet, um Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit überhöhten Preisen zu beseitigen. Potenziell mehr Einfluss auf die Höhe der Terminierungsentgelte und damit eine denkbare Alternative zur Preiskontrolle/Kostenorientierung gemäß § 42 TKG 2003 hat ein „internes“ Diskriminierungsverbot. Diese Form der Nichtdiskriminierungsverpflichtung ist allerdings mit den erwähnten Problemen behaftet und im Ergebnis als unverhältnismäßig zu qualifizieren.

7.2.5. Entgeltkontrolle und Kostenrechnung

§ 42 Abs. 1 TKG 2003 folgend kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich festzulegender Arten des Zugangs Verpflichtungen betreffend Kostendeckung und Entgeltkontrolle einschließlich kostenorientierter Entgelte auferlegen, wenn sie in einem Verfahren gemäß § 37 TKG 2003 feststellt, dass ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte. Dabei hat die Regulierungsbehörde den Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen, eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften. Darüber hinaus können Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen in Bezug auf Kostenrechnungsmethoden erteilt werden.

Wird ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichtet, seine Entgelte an den Kosten zu orientieren, obliegt es diesem Unternehmen, nachzuweisen, dass seine Entgelte sich aus den Kosten sowie einer angemessenen Investitionsrendite errechnen. Zur Ermittlung der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung kann die Regulierungsbehörde eine von der Kostenberechnung des betreffenden Unternehmens unabhängige Kostenrechnung anstellen. Die Regulierungsbehörde kann von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die umfassende Rechtfertigung seiner Entgelte und gegebenenfalls deren Anpassung anordnen. In diesem Zusammenhang kann die Regulierungsbehörde auch Entgelte berücksichtigen, die auf vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten gelten (Abs. 2 leg. cit.; vgl. Art. 13 und Erwägungsgrund 20 Zugangs-RL; ERG, S. 52ff).

Neben der Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht iSd § 35 TKG 2003 setzt § 42 TKG 2003 weiters voraus, dass „ein Unternehmer mit beträchtlicher Marktmacht seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte“. Die Verwendung des Konjunktivs zeigt, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich aktuell nicht wettbewerbswidrig verhalten muss, damit die Regulierungsbehörde eine Preis-/Entgeltkontrolle auferlegen kann, sondern es ausreichend ist, dass ein solches Verhalten – theoretisch vor dem Hintergrund der spezifischen Anreizstruktur – praktizieren werden könnte und Anreize dazu gegeben sind; diese Vorgehensweise steht auch in Übereinstimmung mit dem grundsätzlichen ex-ante-Zugang der sektorspezifischen Regulierung. Wie festgestellt, hat ein Mobilnetzbetreiber – unabhängig von den wettbewerblichen Verhältnisse am Mobilfunkendkundenmarkt – grundsätzlich einen Anreiz, die Terminierungsentgelte auf Höhe des Monopolpreises zu setzen. Da die Mobilterminierungsentgelte einen direkten Einfluss auf die Kostenstruktur des (Festnetz-)Zusammenschaltungspartners haben, spiegeln sich überhöhte Terminierungsentgelte bei diesem wider; da die Terminierungskosten den Preis seiner Vorleistung wesentlich (mit-)bestimmen, hat auch der Endkunde einen Nachteil durch höhere Gesprächsentgelte. Daraus ist zu folgern, dass ein Mobilnetzbetreiber grundsätzlich seine Preise auf einem (übermäßig) hohen Niveau halten könnte, was sich wiederum für Endnutzer nachteilig auswirken kann (vgl. *Stratil*, TKG 2003, Rz. 3, 4 und 6 zu § 42 TKG 2003). Ähnlich verhält sich – wie dargestellt – die Situation bei der Mobil-Mobil-Zusammenschaltung. Die zweite Voraussetzung für die Auferlegung einer Vorab-Verpflichtung gemäß § 42 TKG 2003 ist somit gegeben.

Die Vorab-Verpflichtung der Entgeltkontrolle adressiert das identifizierte Wettbewerbsproblem der überhöhten Preise sehr direkt: Aus ökonomischer Sicht ist diese Maßnahme grundsätzlich geeignet, die allokativen Ineffizienzen in Zusammenhang mit den beiden erstgenannten Wettbewerbsproblemen wie auch die Diskriminierungs-/Quersubventionierungsprobleme in Bezug auf den Preis zu beseitigen.

Durch Festlegung bzw. Kontrolle eines effizienten Zugangspreises wird grundsätzlich sichergestellt, dass mit dieser Leistung keine Übergewinne erwirtschaftet werden, die zur Quersubventionierung anderer Leistungen (insbesondere von On-net-Tarifen) eingesetzt werden könnten bzw. die Terminierungsleistung ihrerseits auch nicht quersubventioniert werden muss. Eine solche Verpflichtung entspricht – Prinzip 1 der ERG folgend – auch der Natur des wesentlichsten der in der Wettbewerbsanalyse identifizierten Wettbewerbsprobleme, nämlich dem Problem „überhöhter Entgelte“ (vgl. ERG, S. 114 ff). Damit wird grundsätzlich dem Regulierungsziel der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen iSd § 1 Abs. 2 lit. b TKG 2003 entsprochen.

Im Zusammenhang mit der möglichen Ausgestaltung der Entgeltkontrolle hat die Telekom-Control-Kommission – in Übereinstimmung mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit – davon auszugehen, dass jene der drei von den Amtssachverständigen thematisierten Optionen betreffend den Prozess („Festlegung des Entgeltes im gegenständlichen Verfahren“, „ex-ante-Genehmigung“, „allgemeine Verpflichtung, die erst im Anlassfall schlagend wird“) zur Anwendung gelangen soll, die gerade geeignet ist, die wettbewerblichen Defizite zu beseitigen.

Die Eingriffsintensität ist bei einer direkten Festlegung des Terminierungsentgeltes durch die Regulierungsbehörde im Rahmen des gegenständlichen Verfahrens und auch bei einer Verpflichtung zur Ex-ante-Genehmigung eines Terminierungsentgeltes hoch und – vor dem Hintergrund einer eingriffschwächeren Alternative (siehe sogleich) – als unverhältnismäßig zu bewerten. Eingedenk des Primats der Privatautonomie wird dem als marktmächtig identifizierten Unternehmen darüber hinaus jeglicher Preissetzungsspielraum genommen bzw. ein solcher stark eingeschränkt.

Die auferlegte Verpflichtung für das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sieht nun eine Verpflichtung vor, den Preismaßstab der Kostenorientierung (im Sinne des „korrekten“ Zugangspreises) bei der Leistung der Terminierung einzuhalten. Eine behördenseitige Anordnung der Entgelte erfolgt nur im Anlassfall (wie § 50 TKG 2003), d.h. subsidiär, wenn keine privatrechtliche Einigung zwischen den Zusammenschaltungspartnern zu Stande kommt. Grundsätzlich wird dem marktmächtigen Unternehmen ein gewisser Preisgestaltungsspielraum eingeräumt, wodurch privatautonome Verträge ermöglicht werden.

Grundsätzlich geht die Telekom-Control-Kommission davon aus, dass die „Marktkräfte“ dafür sorgen werden, dass das Unternehmen die auferlegte Verpflichtung betreffend die Höhe des Terminierungsentgeltes einhält bzw. korrekt umsetzt, da jedem Zusammenschaltungspartner die Möglichkeit offen steht, die Regulierungsbehörde anzurufen und eine Überprüfung des angebotenen Terminierungsentgeltes dahingehend, ob dieses mit der auferlegten Verpflichtung im Einklang steht, herbeizuführen.

Alternativ kann die Regulierungsbehörde auch von Amts wegen ein Verfahren gemäß § 50 Abs. 1 TKG 2003 einleiten; dies allerdings nur in begründeten Fällen. Sollte seitens der Telekom-Control-Kommission der begründete Verdacht entstehen, dass die Entgelte von dem vorgegebenen Maßstab abweichen, so ist die Einleitung eines solchen Verfahrens denkbar.

Zu den drei von den Amtssachverständigen als denkmöglich erachteten Varianten zur Auferlegung einer Verpflichtung geht die Telekom-Control-Kommission darüber hinaus davon aus, dass jedenfalls die von ihr festgelegte Option zweifelsohne dem Rechtsrahmen entspricht. Inwieweit die beiden anderen in Einklang mit dem TKG 2003 stehen, kann an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.

Es zeigt sich, dass die Form der auferlegten Verpflichtung geeignet ist, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu adressieren und auch jene Option darstellt, die am wenigsten eingriffsintensiv ist, weswegen dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entsprochen wird.

Im Lichte der identifizierten Wettbewerbsprobleme und dem zweiten Prinzip der ERG für die Auferlegung von Regulierungsinstrumenten ist eindeutig der Auferlegung kostenorientierter Entgelte der Vorzug gegenüber „*Efficient Component Pricing*“ („ECPR“) und „*Benchmarking*“ (Vergleichspreise) zu geben. So geht auch die ERG davon aus (S. 83): „*Cost-oriented prices are most appropriate in situations where market power at the upstream level allows the SMP undertaking to charge prices above costs and where it is unlikely that this market power will be constrained by competition within a reasonable period of time.*“ Die betreiberindividuellen Terminierungsmärkte sind – und bleiben auch durch den Markteintritt eines weiteren Mobilfunkanbieter – Monopolmärkte; Markteintritte sind nicht möglich.

Im Vergleich dazu wären „ECPR“-Preise vor allem dann verhältnismäßig, wenn in absehbarer Zeit mit der Entwicklung selbsttragenden Wettbewerbs zu rechnen wäre (vgl. ERG, S. 84).

Im Rahmen der dritten Preissetzungsmethode, dem „*Benchmarking*“, erfolgt die Preisfestsetzung auf Basis von Vergleichswerten. Da für gegenständliches Verfahren die festgestellten Nachteile dieser Methode (Fehlerwahrscheinlichkeit, unterschiedliche Vergleichsmaßstäbe) gegenüber den Vorteilen derselben (geringer Implementierungsaufwand für etablierte Betreiber auf Grund der bisherigen Regulierungspraxis, signifikante Kosten in der Phase des Markteintrittes) überwiegen, erscheint der Telekom-Control-Kommission die Verfolgung dieses Ansatzes nicht in einem ausreichend Maß geeignet, die Wettbewerbsprobleme zu beseitigen.

Bezugnehmend auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist festzuhalten, dass die Analyse der anderen Regulierungsinstrumente gezeigt hat, dass allenfalls ein Instrument – nämlich die

„interne“ Nichtdiskriminierungsverpflichtung – als Alternative in Frage käme. Dieses Instrument ist aber – wie ausgeführt wurde – aus einer Reihe von Gründen abzulehnen. Darüber hinaus ist anzumerken, dass eine Reihe von möglicherweise auftretenden Diskussionspunkten im Zusammenhang mit der Kostenregulierung (wie Investitionsrisiko, Rendite, Risiken, Beweislast) in den die Entgeltkontrolle regelnden Bestimmungen (§ 42 TKG 2003) adressiert sind, nicht aber in den Bestimmungen zu den anderen Regulierungsinstrumenten, insbesondere nicht im Kontext der Gleichbehandlungsverpflichtung. Für die Adressierung von preislichen Wettbewerbsproblemen stellt darüber hinaus die Bestimmung des § 42 TKG 2003 die speziellere Norm dar, der sodann der Vorzug zu geben ist. Da kein anderes Instrument geeignet ist, die mit dem Preis in Zusammenhang stehenden Aspekte der identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen, erfüllt dieses Instrument das Prinzip der Verhältnismäßigkeit.

Im Zusammenhang mit einer möglichen Differenzierung zwischen einer Fest-Mobil-Terminierung (F2M) und einer Mobil-Mobil-Terminierung (M2M) kann festgehalten werden, dass auf Grund der derzeit bestehenden hohen Marktanteilsunterschiede zwischen (einigen) etablierten Mobilfunkbetreibern und Neueinsteigern die Gefahr von Foreclosure-Strategien (Wettbewerbsproblem 3) besteht, so dass es die Telekom-Control-Kommission – in Übereinstimmung mit den Amtssachverständigen – für sinnvoll erachtet, jedenfalls für den Zeitraum bis zur nächsten Marktanalyse iSd § 37 Abs. 1 TKG 2003 auch die M2M-Terminierung zu regulieren und keine Differenzierung zur F2M-Terminierung vorzunehmen. Darüber hinaus differenziert auch nicht die Marktabgrenzung zwischen unterschiedlichen Märkten (F2M oder M2M).

Auf Basis der Verpflichtung zur Kostenorientierung kann der effiziente Zugangspreis festgesetzt werden: Der aus ökonomischer Sicht effiziente Preis für den Zugang liegt in der Höhe der langfristigen Grenzkosten der Leistungserstellung eines hinreichend effizienten Betreibers, wobei Aufschläge für Fixkosten (insbesondere gemeinsamen Kosten und Gemeinkosten) zu berücksichtigen sind:

Die aus kostenrechnerischer Sicht beste Annäherung an diesen „korrekten Preis“ sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten („Long Run Average Incremental Costs“ „LRAIC“).

Die LRAIC sind die inkrementellen Kosten der Leistung Terminierung inklusive eines Markups für Gemeinkosten. Dabei wird den Investitionen eines effizienten Betreibers Rechnung getragen sowie eine entsprechende Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken berücksichtigt. So hält auch § 42 Abs. 1 TKG 2003 fest, dass den „*Investitionen des Betreibers Rechnung zu tragen und es ihm zu ermöglichen [ist], eine angemessene Rendite für das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der damit verbundenen Risiken zu erwirtschaften*“. Hinsichtlich der Effizienz ist anzumerken, dass die Leistung Terminierung im Bündel mit anderen Mobilfunkleistungen erstellt wird und die Betreiber auf Grund des Wettbewerbsdrucks auf anderen Märkten gezwungen sind, Mobilfunkleistungen effizient zu produzieren. Aus diesem Grund dürfte davon auszugehen sein, dass produktive Effizienz sichergestellt ist.

Durch ein solcherart ermitteltes Entgelt ist sichergestellt, dass keine Übergewinne erzielt werden (bzw. der Preis niedriger ist als die *Stand Alone Cost*) und die Leistung nicht durch andere Leistungen subventioniert werden muss (der Preis höher ist als die inkrementellen Kosten). Damit ist der so ermittelte Preis auch geeignet, den drittgenannten Wettbewerbsproblemen betreffend Diskriminierung/Quersubventionierung (von On-net-Tarifen) zu begegnen.

Der Maßstab der langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten für kostenorientierte Preise war nach der alten Rechtslage der vorgeschriebene Standard für die Ermittlung kostenorientierter Preise (§ 41 TKG [1997] iVm § 9 Zusammenschaltungsverordnung), weswegen grundsätzlich auch davon auszugehen ist, dass dieser Maßstab geeignet ist, die im Bereich von Netzwerkindustrien gegebenen bzw. entstehenden wettbewerblichen Defizite zu adressieren.

Bei der Festlegung dieses konkreten Kostenrechnungsmaßstabes hat sich die Telekom-Control-Kommission davon leiten lassen, wettbewerbliche Defizite zu beseitigen und – mittelfristig – einen Preis zu simulieren, der sich auf einem Markt mit wettbewerblichen Verhältnissen einstellen würde. Die beste Annäherung an diesen Wettbewerbspreis sind die langfristigen durchschnittlichen inkrementellen Kosten.

Die bisherige Regulierungspraxis hat gezeigt, dass dieser Ansatz den Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten fördert, weil die Zusammenschaltungspartner nur für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung des Mobilfunkbetreibers ein Entgelt entrichten müssen. Dieser Ansatz trägt auch den Anforderungen des § 42 Abs. 1 TKG 2003 Rechnung und berücksichtigt eine angemessene Rendite auf das eingesetzte Kapital unter Berücksichtigung der mit Investitionen verbundenen Risiken, weil er explizit auch eine auf Basis des WACC-Ansatzes ermittelte Kapitalverzinsung berücksichtigt.

7.2.6. Weitere Verpflichtungen

Die Regulierungsbehörde kann auch andere als die in den §§ 38 bis 42 TKG 2003 festgelegten Verpflichtungen in Bezug auf Zugang auferlegen. Das sind entweder Verpflichtungen auf der Endkundenebene (§ 43 ff TKG 2003) oder bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände Verpflichtungen, die nicht im TKG 2003 genannt sind.

Bei den vier identifizierten Wettbewerbsproblemen handelt es sich der Ursache nach eindeutig um Probleme der Vorleistungsebene. Die Anwendung von Maßnahmen auf der Endkundenebene wäre weder ökonomisch sinnvoll noch – im Lichte der Prämisse des neuen Rechtsrahmens „*Vorleistungsregulierung vor Endkundenregulierung*“ – verhältnismäßig.

Aus Sicht der Telekom-Control-Kommission stehen keine anderen als die thematisierten Verpflichtungen zur Verfügung, um die festgestellten wettbewerblichen Defizite zu beseitigen. Auch die Amtssachverständigen haben in ihrem Gutachten keine anderen als die im TKG 2003 genannten Verpflichtungen untersucht, da ihrer Einschätzung nach weder „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, noch andere geeignete Instrumente zur Verfügung stehen.

Die von den Amtssachverständigen erwähnten grundsätzlichen weiteren Maßnahmen – die Umstellung des Verrechnungsprinzips (Calling-Party-Pays-Prinzip auf ein Receiving-Party-Pays-Prinzip) oder die Einführung von Endgeräten, die mehrere Vertragsbeziehungen (getrennt für Terminierung und Originierung) unterstützen (Multiple SIM Cards) – sind nach dem Dafürhalten der Telekom-Control-Kommission wesentlich eingriffsintensiver als die festgelegten Verpflichtungen und waren – wohl auf vor dem Hintergrund der kaum abschätzbaren Auswirkungen – auch nicht weiter zu verfolgen.

8. Zusammenfassende Beurteilung der spezifischen Verpflichtungen

Im Rahmen der Analyse des gegenständlichen betreiberindividuellen Terminierungsmarktes wurden folgende vier zentrale potentielle Wettbewerbsprobleme in Zusammenhang mit der Mobilterminierung identifiziert:

1. Allokative Marktverzerrungen auf Grund überhöhter Terminierungsentgelte für Anrufe von Festnetzen ins Mobilnetz
2. Allokative Marktverzerrungen auf Grund zu hoher Terminierungsentgelte für Anrufe zwischen Mobilnetzen sowie der Preisdiskriminierung von *on-net* und *off-net calls*
3. Gefahr von *Foreclosure-Strategien* gegenüber kleinen Mobilfunkbetreibern
4. Gefahr von *Foreclosure-Strategien* gegenüber Festnetzbetreibern im Falle der Überschneidung von Geschäftsfeldern bzw. durch Erhöhung der Substitution zwischen Fest- und Mobilnetzen

Im Wesentlichen stehen alle vier Wettbewerbsprobleme in einem engen Zusammenhang mit überhöhten Terminierungsentgelten. Ein Regulierungsinstrument ist in diesem Fall daher primär dann „effektiv“, wenn es in hinreichendem Maße den Preis beeinflussen kann. Lediglich die Verpflichtung zur Entgeltkontrolle und Kostenrechnung (§ 42 TKG 2003) ist geeignet ist, die „preisliche Facette“ der Wettbewerbsprobleme zu adressieren. Vor dem Hintergrund der Prinzipien und der Natur des Wettbewerbsproblems ist das adäquateste Preissetzungsverfahren die Kostenorientierung.

Allenfalls könnte die „interne“ Gleichbehandlungsverpflichtung in Bezug auf den Preis als Alternative zur Preiskontrolle in Frage kommen. Diese Variante der Nichtdiskriminierungsverpflichtung ist allerdings aus den genannten Gründen problematisch und im Ergebnis – nicht zuletzt auch deswegen, weil die Bestimmungen zur Entgeltkontrolle die wesentlichsten in Zusammenhang mit der Festsetzung von Zugangspreisen relevanten Problemfelder (Investitionen, Risiko, Effizienz, etc.) adressiert – als weniger verhältnismäßig einzustufen.

Um mögliche wettbewerbsverzerrende Effekte durch externe Preisdiskriminierung zu verhindern, ist ein „externes“ Diskriminierungsverbot hinsichtlich des Preises geeignet.

Weiters sind auch „nichtpreisliche“ anti-kompetitive Strategien des marktbeherrschenden Unternehmens zu adressieren. Vor diesem Hintergrund ist eine Zugangsverpflichtung, eine Gleichbehandlungsverpflichtung in Bezug auf die Qualität (sowohl internes wie externes Diskriminierungsverbot) sowie eine Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes erforderlich.

Weder die Transparenzverpflichtung noch die Verpflichtung zur getrennten Buchführung adressieren eines der aufgezeigten Wettbewerbsprobleme. Auch zur Sicherstellung der Effektivität der anderen Vorab-Verpflichtungen spielen diese beiden möglichen ex-ante-Verpflichtungen keine bzw. eine untergeordnete Rolle, weswegen sie nicht aufzuerlegen waren.

Vor dem Hintergrund der Eindeutigkeit und Ernsthaftigkeit der identifizierten Wettbewerbsprobleme ist eine Minderung des Regulierungseingriffes nicht angebracht, da man Gefahr laufen würde, dass ein „milderer“ Instrumentarium nicht bzw. nicht mehr geeignet ist, die identifizierten Wettbewerbsprobleme zu beseitigen. Ohne entsprechende geeignete Regulierungsinstrumente zur Hand zu haben – wie z.B. lediglich eine Verpflichtung zur Transparenz – könnte die Regulierungsbehörde auch keine effektive Regulierungsandrohung aufbauen bzw. könnte nur mit unzumutbaren Zeitverzögerungen – nach Einleitung und Durchführung eines neuen Marktanalyseverfahrens gemäß § 37 TKG 2003 – intervenieren.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die festgelegten Vorab-Verpflichtungen geeignet sind, die identifizierten potentiellen Wettbewerbsprobleme (im Fall der Nicht-Regulierung) zu begegnen; die geführte Diskussion hat ergeben, dass diese Aufstellung an Verpflichtungen auch verhältnismäßig ist und keinen unzumutbaren Eingriff in die Sphäre der

Verfahrenspartei schafft. Wie aufgezeigt, steht die Anwendung dieser Verpflichtungen auch in Übereinstimmung mit den Regulierungszielen.

9. Zur möglichen Operationalisierung der Entgelt-/Kostenkontrolle

Die Telekom-Control-Kommission hat in einer Reihe von Streitschlichtungs-Verfahren gemäß § 41 TKG [1997] – nunmehr im Wesentlichen §§ 48, 50 TKG 2003 – zum Ausdruck gebracht, dass „reziproke“ Zusammenschaltungsentgelte bzw. ein „einheitlicher Markt- oder Wettbewerbspreis“ anzustreben sind.

In der ersten Entscheidung der Telekom-Control-Kommission zur Zusammenschaltung–Anordnung gemäß § 41 TKG [1997] zu Z 1/97 vom 9.3.1998 – wurde ausgeführt, dass „aus gesamtwirtschaftlicher Sicht die Reziprozität anzustreben“ ist. In den Verfahren zu Z 7/00, Z 8/00 vom 31.7.2000 wurde dies dahingehend konkretisiert, dass bei identischen Netzen *und bei Vorliegen gleichartiger Wettbewerbspositionen* Reziprozität anzustreben ist. Auch in den Anordnungen der Regulierungsbehörde zur Festlegung von Mobil-Zusammenschaltungsentgelten – vgl. etwa die Entscheidungen zu Z 5, 7/01, Z 8/01, Z 14, 15/01 und Z 1/02 sowie Z 28/02, Z 29/02, Z 30/02 und Z 2/03) – ist die Telekom-Control-Kommission grundsätzlich von dieser Position nicht abgewichen. Sie ist in diesem Zusammenhang jedoch zur Auffassung gelangt, dass die Verwirklichung des einheitlichen Marktpreises nicht in der anfänglich angenommenen Geschwindigkeit erreicht werden kann. Somit kam es in den Regulierungszeiträumen der genannten Entscheidungen zu keinem einheitlichen, reziproken Preis.

Es ist grundsätzlich jedoch davon auszugehen, dass in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt auf lange Sicht für gleiche Leistungen gleiche Entgelte zu bezahlen sind („one price rule“).

Die Kostenstruktur im Mobilfunksektor ist durch einen hohen Anteil an Fixkosten – bestehend aus Investitionen (etwa Konzessionsentgelt und technische Einrichtungen) und laufenden Kostenblöcken (etwa Personal-, Instandhaltungs- und Finanzierungskosten) – gekennzeichnet. Diese Fixkosten müssen langfristig durch die vereinnahmten Entgelte abgedeckt sein, wobei sich die Höhe der Einnahmen vorwiegend an der Anzahl der verkauften Minuten orientiert. Ein Anbieter mit wenigen Teilnehmern und entsprechend weniger verkauften Minuten ist mit viel höheren Kosten pro Teilnehmer (bzw. Minute) konfrontiert, weil er zwar ähnliche Fixkosten wie andere Betreiber zu tragen hat, sie aber auf eine geringere Anzahl von Kunden bzw. Minuten verteilen kann. Ein Anbieter mit zahlreichen Kunden bzw. Minuten hingegen kann seine Fixkosten auf einen dementsprechend größeren Kundenkreis aufteilen. Daraus ergibt sich, dass jeder Betreiber unterschiedliche Kosten pro Teilnehmer und Gesprächsminute aufweist.

In einem Wettbewerbsmarkt sind Faktoren, wie unterschiedliche Technologien oder unterschiedliche Kosten pro Teilnehmer, von untergeordneter Bedeutung, da in einem funktionierenden Wettbewerb ein neuer Mitbewerber für die gleiche Leistung weder die eingesetzte Technologie noch seine höheren Kosten als Argument für einen höheren Preis anführen kann. Der Konsument betrachtet die Terminierungsleistung nämlich als ein homogenes Produkt, ungeachtet der Technologie oder des Kundenstocks.

In einem Wettbewerbsmarkt sind die Anbieter Preisnehmer und gezwungen, hinreichend effizient zu sein, um bei gegebenem Marktpreis positive Deckungsbeiträge zu erwirtschaften. Andernfalls sind sie gezwungen aus dem Markt auszutreten; unter Umständen tritt in der Folge ein effizienteres Unternehmen ein. Dieser Marktmechanismus stellt sicher, dass die Unternehmen hinreichend effizient sind und die Gesamtwohlfahrt (und damit auch der Nutzen für die Konsumenten) maximiert wird.

Vor diesem Hintergrund ist ein „einheitliches Terminierungsentgelt“ zu präferieren. Das primäre Ziel regulatorischer Intervention liegt folglich in der „Imitation“ des Wettbewerbsergebnisses.

Zur konkreten Umsetzung kann die Heranziehung eines längerfristigen Gleitpfades – wie von den Amtssachverständigen aufgezeigt – sinnvoll sein, der ausgehend vom derzeitigen Terminierungsentgelt (im Sinne einer Preisobergrenze) zu einem einheitlichen Preis in der Zukunft führt. Der Gleitpfad wäre als Preisobergrenze anzusehen („*price cap*“) und kann vom Betreiber unterschritten werden. Der Endwert des Gleitpfades – die Höhe des Entgelts am Ende des Gleitpfades – liegt sodann in der Höhe des „korrekten“ Preises, des „Wettbewerbspreises“ für Terminierung.

Auch ist eine Modellierung eines Bottom-Up-Modells denkbar.

Bei der Realisierung eines einheitlichen Gleitpfades bzw. eines Bottom-Up-Modells sind jedenfalls disruptive Eingriffe zu vermeiden sowie darauf zu achten, dass für Betreiber ein längerfristiger Planungshorizont und somit Stabilität gewährleistet wird. Auch den Anfangsinvestitionen von „Marktneueinsteiger“ ist Rechnung zu tragen („Investitionsschutz“). So soll auch weiterhin von einem – auf Benchmarking basierendem – Zusammenschaltungsentgelt für einen Betreiber ausgegangen werden, der in seiner Startphase auf Grund der Kostendegression sehr hohe zusammenschaltungsrelevante Kosten aufweist (vgl. die Festlegungen von Cent 19,62 für die Terminierung in die Mobiltelefonnetze der tele.ring sowie der Hutchison 3G).

Wie an anderer Stelle bereits ausgeführt, sind regulatorische Eingriffe im Regelfall (vgl. jedoch auch § 50 Abs. 2 TKG 2003) nur dann notwendig, wenn eine einvernehmliche Lösung, d.h. eine privatrechtliche Einigung nicht herbeigeführt werden kann und die Regulierungsbehörde angerufen wird.

10. Zum Vorbringen betreffend die Marktabgrenzung der TKMVO 2003

Gemäß § 36 TKG 2003 hat die Regulierungsbehörde – nach § 115 Abs. 1 TKG 2003 ist dafür die RTR-GmbH zuständig – durch Verordnung die der sektorspezifischen Regulierung unterliegenden relevanten nationalen Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts unter Berücksichtigung der Erfordernisse sektor-spezifischer Regulierung festzulegen. Die Festlegung der relevanten Märkte durch die Regulierungsbehörde hat unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen.

Diesen Vorgaben entsprechend hat die RTR-GmbH die Telekommunikationsmärkteverordnung 2003 (TKMVO 2003) erlassen, die mit 17.10.2003 in Kraft getreten ist und 16 Telekommunikationsmärkte – in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektor – abgegrenzt hat.

§ 1 Z 15 TKMVO 2003 sieht einen Vorleistungsmarkt „Terminierung in individuellen öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ vor; das Bundesgebiet ist dabei das räumlich relevante Ausdehnungsgebiet (§ 2 TKMVO 2003).

In einem weiteren Schritt hat sodann die Telekom-Control-Kommission diese – von der RTR-GmbH – vordefinierten Märkte, Analysen gemäß § 37 TKG 2003 zu unterziehen. Die Telekom-Control-Kommission ist dabei an die Marktabgrenzung gebunden, weswegen Parteienvorbringen im Zusammenhang mit der Marktdefinition bzw. gegen die TKMVO 2003 im gegenständlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden können.

Im Übrigen soll festgehalten werden, dass die TKMVO 2003 in Übereinstimmung mit der Empfehlung der Europäischen Kommission steht und auch andere Regulierungsbehörden – wie festgestellt – von der selben Marktabgrenzung ausgehen, nach der alle Terminierungsleistungen in ein Mobilfunknetz einen eigenen Markt iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 konstituieren.

11. Zu den Verfahren gemäß §§ 128, 129 TKG 2003

Zur Stärkung der Zusammenarbeit und der Koordinierung der nationalen Regulierungsbehörden im Bereich elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste, um die Entwicklung des Binnenmarktes für diesen Bereich zu fördern sowie um eine konsistente Anwendung der Bestimmungen des neuen europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste zu erreichen, normiert die RL 2002/21/EG („Rahmenrichtlinie“) in ihren Artikeln 6 und 7 zwei Verfahren zur „Konsultation und Transparenz“ sowie zur „Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation“.

Das TKG 2003 setzt diese Verfahren zur Harmonisierung von Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden in den §§ 128 und 129 TKG 2003 um:

Gemäß § 128 Abs. 1 TKG 2003 – betitelt mit „Konsultationsverfahren“ – hat die Regulierungsbehörde interessierten Personen innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zu gewähren, zum Entwurf von Vollziehungshandlungen gemäß TKG 2003, die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden, Stellung zu nehmen. Die Konsultationsverfahren sowie deren Ergebnisse werden von der jeweiligen Behörde der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, soweit § 125 TKG 2003 nicht anderes bestimmt. § 128 Abs. 2 leg. cit. folgend sind allfällige verfahrensrechtliche Fristen während der für die Stellungnahme gewährten Frist gehemmt. Betrifft der Entwurf eine individuelle Vollziehungsmaßnahme, die auf Antrag einer Partei in Aussicht genommen ist, ist während der für die Stellungnahme gewährten Frist ausschließlich eine Zurückziehung des Antrages zulässig. In diesem Fall ist das Verfahren einzustellen und der diesbezügliche Beschluss zu veröffentlichen (§ 128 Abs. 3 TKG 2003).

Darüber hinaus normiert § 129 TKG 2003 das „Koordinationsverfahren“: Betrifft der Entwurf einer Vollziehungshandlung gemäß § 128 TKG 2003, die Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben wird, unter anderem die Zusammenschaltung (§ 129 Abs. 1 Z 3 TKG 2003), ist der Entwurf gleichzeitig mit einer Begründung der Europäischen Kommission sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen und die Europäische Kommission sowie die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft davon zu unterrichten.

Ein verfahrensrechtlicher Bescheid einer Verwaltungsbehörde ist als individuelle Vollziehungshandlung anzusehen und unterliegt sohin grundsätzlich den vorgenannten Verfahren.

Die Telekom-Control-Kommission geht davon aus, dass die mit vorliegender Vollziehungshandlung vorgenommene Feststellung, dass auf dem betreiberindividuellen Markt für Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz iSd § 1 Z 15 TKMVO 2003 kein effektiver Wettbewerb herrscht, sohin die Verfahrenspartei über beträchtliche Marktmacht verfügt und dieser gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 spezifische Verpflichtungen gemäß §§ 38 ff TKG 2003 auferlegt werden, „*beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt*“ iSd § 128 TKG 2003 hat.

Dieser „betreffende Markt“ ist primär der „Markt für Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz. So ist davon auszugehen, dass die genannten Auswirkungen auf diesen Vorleistungsmarkt vorzuliegen haben. Die Feststellung, dass kein effektiver Wettbewerb gegeben ist, dass die Verfahrenspartei über eine beträchtliche Marktmacht verfügt und deswegen sektorspezifische ex-ante-Verpflichtungen auf diesem Markt zur Anwendung kommen, hat unzweifelhaft beträchtliche Auswirkungen. So unterliegt die Höhe der Terminierungsentgelte einer Preiskontrolle. Kommt eine privatrechtliche Einigung zwischen der Verfahrenspartei und einem anderen Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzbetreibers nicht zustande, wäre die Telekom-Control-Kommission berufen, die Höhe des Entgeltes für die Zugangsleistung „Terminierung“ festzulegen; dabei hat sich die Telekom-Control-Kommission an den angeordneten Kostenmaßstab zu halten.

In diesem Zusammenhang verkennt die Telekom-Control-Kommission jedoch nicht, dass die Feststellung effektiven Wettbewerbs auf diesem Markt auf Grund der grundsätzlich gegebenen Interdependenzen von Märkten untereinander auch auf andere Märkte eine beträchtliche Auswirkung haben kann. Zwar sieht zum Beispiel die TKMVO 2003 keinen Mobil-Endkundenmarkt vor, dennoch ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Feststellung effektiven Wettbewerbs auf dem genannten Markt auch direkt Auswirkungen auf den Endkundenmarkt haben wird. Darüber hinaus wurden – als das wesentlichste (potentielle) Wettbewerbsproblem bei Nicht-Vorliegen einer Regulierung – überhöhte Tarife für Gespräche aus einem Fest- in ein Mobilnetz angeführt („allokative Marktverzerrungen“, Wettbewerbsproblem 1). Die Regulierung der Leistung Terminierung in ein öffentliches Mobiltelefonnetz hat Auswirkung auf die Vorleistungspreise der Zusammenschaltungspartner.

Darüber hinaus ist auch davon auszugehen, dass die vorliegende Vollziehungshandlung auch „*Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten* [iSd § 129 TKG 2003] *haben wird*“. Erwägungsgrund 38 der RL 2002/21/EG hält fest, was unter Maßnahmen zu verstehen ist, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Demnach sind dies Maßnahmen, die unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell einen derartigen Einfluss auf das Handelsmuster zwischen Mitgliedstaaten haben können, dass ein Hemmnis für den Binnenmarkt geschaffen wird. Sie umfassen Maßnahmen, die erhebliche Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten haben, wozu unter anderem gehören: Maßnahmen, die die Preise für die Nutzer in anderen Mitgliedstaaten beeinflussen, Maßnahmen, die die Möglichkeiten eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens beeinträchtigen, einen elektronischen Kommunikationsdienst anzubieten, insbesondere Maßnahmen, die die Möglichkeit beeinträchtigen, Dienste auf länderübergreifender Basis anzubieten, sowie Maßnahmen, die die Marktstruktur oder den Marktzugang berühren und für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu nachteiligen Auswirkungen führen.

Die zur Interpretation von Richtlinien heranzuziehenden Erwägungsgründe – diesfalls Erwägungsgrund 38 – zeigen, dass die jeweilige Maßnahme bzw. Vollziehungshandlung nicht unmittelbar und tatsächlich einen Einfluss auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben muss, damit sie dem Verfahren gemäß Art. 7 RahmenRL bzw. § 129 TKG 2003 unterworfen werden muss, sondern dass ein mittelbarer und auch potentieller Einfluss ausreicht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Feststellung effektiven Wettbewerbs sowie die Auferlegung spezifischer Vorab-Verpflichtungen auf dem verfahrensgegenständlichen Vorleistungsmarkt nicht auch Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten haben wird.

Es zeigt sich sohin, dass vorliegende Feststellung gemäß § 37 Abs. 2 TKG 2003 eine Vollziehungshandlung iSd § 128 Abs. 1 TKG 2003 darstellt, die sohin den beiden Verfahren der Konsultation und Koordination gemäß §§ 128, 129 TKG 2003 zu unterwerfen ist.

III. Hinweis

Gegenständlicher Bescheid ist eine Vollziehungshandlung im Sinne des § 128 Abs. 1 TKG 2003.

Telekom-Control-Kommission
Wien, am 6.9.2004

Der Vorsitzende
Dr. Eckhard Hermann